Das Verhältnis von Anfechtung und Schadensersatz bei arglistiger Täuschung und Drohung.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde
der Hohen Juristischen Fakultät der Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Breslau

vorgelegt von

Walter Panzeram,
Referendar am Königl. Amtsgericht in Angermünde.

Breslau 1912.
Druck der Breslauer Genossenschafts-Buchdruckerei, E. G. m. b. H.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Prof. Dr. Schott.

Korreferent: Prof. Dr. Fischer.

Meiner lieben Mutter

und

meinen Onkeln Arthur und Otto.

Literaturverzeichnis.

Biermann: Bürgerliches Recht. Bd. I. 1908.

Binding: Die Normen und ihre Übertretung. Bd. II. 1887.

v. Birkmeyer: Strafrecht in Birkmeyers Enzyklopädie der Rechtswissenschaften. 2. Aufl. 1904.

v. Blume: Beiträge zur Auslegung des Deutschen B.G.B. in Jherings Jahrb. f. Dogmatik, 38, 224 ff.

Cohn: Schadensersatz wegen Betruges beim Kauf. Juristische Wochenschrift 1911, 137 ff.

Cosack: Lehrbuch des deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. I. 5. Aufl. 1910.

Crome: System des deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. I, 1900. Bd. II, 1902.

Dernburg: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Bd. I, 3. Aufl., 1906. Bd. II, 3. Aufl., 1905.

Eccius: Schadensersatz durch erzwungene Vertragsaufhebung. Gruchots Beiträge 53, 309 ff.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I, 9. Aufl., 1903.

Enneccerus (Kipp-Wolff): Das bürgerliche Recht. Bd. I, 1, 6./8. Aufl., 1912. Bd. I, 2, 4./5. Aufl., 1910.

Hans Albrecht Fischer: Der Schaden usw. (in den Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß usw. von Otto Fischer). 1903.

Otto Christian Fischer: Die Verletzung des Gläubigerrechts als unerlaubte Handlung nach dem B.G.B. usw. (in den Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß usw.). 1905.

Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch. 8. Aufl. 1909.

Frankenburger: Zur Rechtsprechung des Reichsgerichts. Seuff. Bl. f. Rechtsanwendung 73, 491 ff., 525 ff.

Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch. 2. Aufl. 1903.

Hagen: Arglistige Täuschung und Schadensersatz. Juristische Wochenschrift 1911, 348 f.

Hellwig: Anspruch und Klagrecht. 1900.

Hellwig: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Bd. I. 1903.

Hölder: Kommentar zum Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1900.

Josef: Kann der Käufer, nachdem er den Vertrag auf Grund des § 123 B.G.B. angefochten hat, wegen der arglistigen Täuschung Schadensersatz aus § 826 verlangen? Juristische Wochenschrift 1912, 113 f.

Karas: Die widerrechtliche Bestimmung durch Drohung. Rostocker Dissertation 1903.

Klee: Der Drohungsbegriff nach Zivilrecht. Erlanger Diss. 1907.

Kohler: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. II, 1, 1906.

Kohler: Vertragsanfechtung und Schadensersatzanspruch. Rheinische Zeitschrift f. Zivil- und Prozeßrecht 1911, 210 ff.

Kuhlenbeck: Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. I, II, 1898.

Leienbecker: Zur Rechtsprechung des Reichsgerichts. Seuff. Bl. f. Rechtsanwendung 72, 420 ff.

Lenel: Übersicht über die Entscheidungen des 63. Bandes der Entscheidungen des Reichsgerichts. Deutsche Juristenztg. 1907, 454 f.

Linckelmann: Über die Rechtslage bei arglistiger Täuschung. Jurist. Wochenschrift 1905, 226 f.

v. Liszt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 18. Aufl. 1910/11.

v. Liszt: Die Deliktsobligationen usw. 1898.

Manheimer: Schadensersatz wegen Betrugs beim Vertragschluß. Juristische Monatsschrift für Posen, West- und Ostpreußen und Pommern 1906, 37 ff.

Matthiaß: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 5. Aufl. 1910.

Matthiessen: Zur Rechtsprechung des Reichsgerichts über Schadensersatz wegen arglistiger Täuschung. Jurist. Wochenschr. 1908, 66 ff.

Meyer-Allfeld: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 6. Aufl. 1907.

Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. I, II.

Mugdan-Falkmann: Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte. 12, 12 f. (Marienwerder).

Oberlandesgerichtliche Entscheidungen.

Oertmann: Allgemeiner Teil. 2. Aufl. 1908.

Oertmann: Das Recht der Schuldverhältnisse. 3./4. Aufl. 1910.

Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. I, 3. Aufl., 1903. Bd. II, 3. Aufl., 1907. (Zitiert: Planck.)

Planck: Der Begriff der Widerrechtlichkeit im § 123 des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Festgabe der Göttinger Juristenfakultät für Regensberger. S. 153 ff. 1901. (Zitiert: Planck, Festgabe.)

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung usw. Bd. I, II.

Rehbein: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. Bd. I, 1899.

Reichsgerichtliche Entscheidungen.

Reichsgerichtsräte: Kommentar zum B.G.B. Bd. I. 1910.

Schollmeyer: Das Recht der Schuldverhältnisse, Allgem. Teil. 1900.

Schreiber: Anfechtung und Wiederherstellungsanspruch. Gruchots Beiträge 53, 298 ff.

Staudinger (Loewenfeld-Riezler): Kommentar zum B.G.B. Bd. I, 3./4. Aufl, 1907. 5./6. Aufl., 1910.

Staudinger (Kuhlenbeck-Kober): Bd. II, 1. 3./4. Aufl., 1908. 5./6. Aufl., 1910.

Staudinger (Kober-Engelmann): Bd. II, 2. 3./4. Aufl., 1908. 5./6. Aufl., 1910.

Steinberg: Welche Rechtswirkung hat nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch die Täuschung, durch welche jemand zur Abgabe einer Willenserklärung bestimmt ist? Marburger Dissertation 1900.

Weinberg: Der Ersatz des negativen Interesses nach bürgerlichem Recht. Rostocker Dissertation 1903.

Weiß: Kann der zum Vertragsschlusse durch die arglistige Täuschung Bestimmte nur das sogenannte negative Interesse oder auch das sogenannte Erfüllungsinteresse fordern? Erlanger Dissert. 1906.

Werner: Die Schadensberechnung bei arglistiger Verleitung zum Vertragsschlusse. Recht 1905, 303 ff.

Westrum: Über die Rechtslage bei arglistiger Täuschung. Juristische Wochenschrift 1907, 39 f.

Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts unter vergleichender Darstelluug des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. I. 1906.

Hauptsächliche Abkürzungen.

Gruchot = Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.

D.J.Z. = Deutsche Juristen-Zeitung.

Jur. Monatsschrift = Juristische Monatsschrift für Posen, West- und Ostpreußen und Pommern.

J.W. = Juristische Wochenschrift.

R. = Recht.

R.G. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Seuff. A. = Seufferts Archiv.

Seuff. Bl. = Seufferts Blätter für Rechtsanwendung.

Sörgel = Sörgel: Rechtsprechung zum gesamten Zivil-, Handels- und Prozeßrecht.

Warneyer Jahrb. = Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen.

Warneyer Rechtspr. = Warneyers Rechtsprechung.

Inhaltsverzeichnis.

§ 1.

A. Einleitung.

Wenn wir auf die Rechtsfolgen sehen, die arglistige Täuschung und Drohung bei Rechtsgeschäften gleicherweise nach sich ziehen können, so kommen folgende drei in Betracht: Anfechtbarkeit des betreffenden Geschäfts nach § 123 B.G.B., Nichtigkeit gemäß § 138 Abs. 1, da die durch Betrug und Zwang herbeigeführten Rechtsgeschäfte häufig gegen die guten Sitten verstoßen werden, und schließlich ein Schadensersatzanspruch aus den §§ 823 ff., weil Täuschung und Drohung regelmäßig eine unerlaubte Handlung darstellen.

Aus der eigentümlichen Natur der Täuschung und Drohung ergeben sich dann noch besondere Rechtsfolgen für jede von beiden. — Die arglistige Täuschung, die bei Kauf und andern Verkehrsgeschäften am häufigsten zu finden sein wird, erhält in dem Spezialrecht dieser Geschäfte ihre besondere Regelung und damit ihre besonderen Rechtsfolgen.

Die Drohung wieder wird oft, besonders in gröberer Form, den Tatbestand des § 116 Abs. 2 erfüllen, wonach eine einem andern gegenüber abzugebende Willenserklärung nichtig ist, wenn der Erklärende, d. h. hier der Bedrohte, sich insgeheim vorbehält, das Erklärte nicht zu wollen, und der andere den Vorbehalt kennt.[1])

Unter Umständen kann bei der Drohung auch § 105 Abs. 2 gegeben sein. Die Drohung war möglicherweise so überwältigend, daß infolge des Schreckens eine vorübergehende Störung der Geistestätigkeit oder gar Bewußtlosigkeit bei dem

[1]) Vgl. v. Blume 261 f.; Kolbe 42.

Bedrohten eintrat. Die Erklärungen, die in diesem Zustande abgegeben werden, und die auf Grund dieser zustande gekommenen Rechtsgeschäfte sind dann nach § 105 Abs. 2 nichtig.[1])

Alle diese Rechtsfolgen können nebeneinander in Frage kommen, wenn ihre Voraussetzungen in ein und demselben Tatbestand erfüllt sind. Am häufigsten aber wird die Konkurrenz[2]) zwischen Anfechtungsrecht und Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung sein. Das Verhältnis dieses Schadensersatzanspruchs zur Anfechtung soll das Thema der vorliegenden Arbeit sein.

Und zwar ist zunächst auf die Möglichkeit einer Konkurrenz zwischen Ersatzrecht und Anfechtungsbefugnis bei arglistiger Täuschung und Drohung einzugehen. Sodann sollen die Wirkungen beider Rechtsbehelfe im Falle der Täuschung und der Drohung unabhängig voneinander bestimmt werden. Und schließlich wird darzulegen sein, wie sich infolgedessen Schadensersatzanspruch und Anfechtungsrecht zueinander verhalten, wenn sie gleichzeitig oder nacheinander geltend gemacht werden.

§ 2.

B. Konkurrenzmöglichkeit zwischen Anfechtungsrecht und Schadensersatzanspruch.

Für die Erörterung der Konkurrenzmöglichkeit der beiden Rechtsmittel soll eins als gegeben vorausgesetzt werden. Wir

[1]) Vgl. Hölder § 123, 6b; v. Blume 260 f.; Karas 28; Kolbe 42, Anm. 4. A. A. Endemann I, § 31, 3a, S. 143 Ende, 144; § 72, Anm. 17, S. 359, der den Unterschied zwischen § 123 und § 105 Abs. 2 nicht, wie wir, quantitativ, sondern qualitativ auffaßt.

[2]) Die neuere Lehre versteht unter „Konkurrenz" zweier oder mehrerer Rechtsmittel den Fall, daß diese auf dasselbe Ziel gerichtet sind. Vgl. Oertmann I, Vorb. 6 zu §§ 194 ff.; Staudinger-Riezler § 194, 10; Windscheid I, § 121, S. 606 ff.; Kipp, Zus. I dazu S. 608 ff.; Enneccerus I, § 209, III, S. 542 f.; Matthias § 65, II, S. 155; Hellwig, Anspr. u. Klagr. §§ 10, 11, 12, 13, 14 S. 77 ff.; Zivilprozeß I, §§ 37, 38, S. 258 ff. Ich nehme den Ausdruck hier in einem weiteren Sinn, indem ich von Konkurrenz zweier Rechtsbehelfe auch dann spreche, wenn sie aus demselben Tatbestand entspringen. (Vgl. die gemeinrechtliche Lehre.)

wollen annehmen, daß Täuschung und Drohung regelmäßig das Anfechtungsrechsrecht des § 123 erzeugen. Es soll deshalb von dieser Vorschrift ausgegangen und nur untersucht werden, ob Betrug und Zwang daneben zugleich einen Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung zur Folge haben können.

Das Problem ist also: Kann neben der — an sich gegebenen — Anfechtung wegen arglistiger Täuschung und Drohung zugleich ein Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung stehen, und wie ist die Rechtslage bei einer solchen Konkurrenz?

Um nun den § 123 mit dem Tatbestande der unerlaubten Handlung vergleichen zu können, müssen wir zunächst feststellen, welchen Tatbestand aus den §§ 823 ff. — nur diese kommen für den Ersatzanspruch in Betracht, da das B.G.B. keine Sondervorschriften über den Schadensersatz des Täuschenden und des Drohenden enthält[1]) — die arglistige Täuschung und die Drohung überhaupt erfüllen.

Da die Täuschung — dieser Ausdruck soll fortan der Kürze halber für „Bestimmung zur Abgabe einer Willenserklärung durch arglistige Täuschung" (§ 123) gebraucht werden — als Verstoß wider Treu und Glauben offenbar stets eine die guten Sitten verletzende Handlung ist, so wird immer der § 826 gegeben sein.[2])

§ 823 Abs. 2 liegt dann vor, wenn ein strafrechtlicher Betrug d. h. eine Täuschung in der Absicht, sich oder einem Dritten

[1]) Vgl. Motive II 758.

[2]) So die herrschende Meinung: Namentlich Reichsgerichtsräte (Kiehl) § 123, 5; Staudinger-Riezler § 123, VI; Hölder § 123, 7; Biermann I, 255 f.; Josef, J.W. 12, Nr. 3, S. 113; Steinberg 54; Weiß 21; Neumann 64 f.; R.G. in zahlreichen Entscheidungen z. B. J.W. 04, 141; 05, 76 f.; R.G. 59, 156; 63, 270; 74, 1; Soergel 08, § 123, 1; 09, § 123 Nr. 6, 9, 19; Warneyer, Jahrb. 08, § 123, 10; O.L.G. Marienwerder Rechtsspr. d. O.L.G. 12, 12 f. A. A. wohl Enneccerus I, 1, § 164 S. 434 („Meist") und Manheimer, Jurist. Monatsschr. 06, 37 ff. — Wenn Manheimer die Anwendbarkeit des § 826 in dem Falle der bona-mente-Täuschung verneint, so kann dem nicht beigetreten werden. Auch die Täuschung in guter Absicht bleibt als tadelnswerte Beeinflussung des Betreffenden m. E. eine gegen die guten Sitten verstoßende Handlung.

einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen (§ 263 Str.G.B.), gegeben oder gegen ein sonstiges Schutzgesetz z. B. die Gewerbeordnung verstoßen ist.[1])

Sehr bestritten ist dagegen die Anwendbarkeit des § 823 Abs. 1.[2]) Welches Recht oder Rechtsgut könnte hier durch die Täuschung verletzt sein?

Will man die Geltung des § 823 Abs. 1 nicht ins Unendliche ausdehnen, so muß man ihn auf unmittelbare Verletzungen beschränken.[3]) Unmittelbar wird nun die Täuschung das Leben, den Körper, die Gesundheit und das Eigentum des Getäuschten niemals verletzen. Die Täuschung könnte also, wenn man sie unter § 823 Abs. 1 subsumieren wollte, höchstens als Verletzung der „Freiheit" des Getäuschten oder als Verletzung eines „sonstigen Rechts" im Sinne des § 823 Abs. 1 aufgefaßt werden.

Eine Verletzung der rechtsgeschäftlichen — um diese handelt es sich hier allein — Willensfreiheit kann es jedoch überhaupt erst geben, wenn in dem Betreffenden bereits ein bestimmter Geschäftswille d. h. die Absicht, ein ganz bestimmtes Rechtsgeschäft vorzunehmen, gebildet war. Durch die arglistige Täuschung wird ja aber der Wille, das fragliche Geschäft abzuschließen, erst erzeugt.[4]) Die Täuschung beeinflußt schon den Geschäftswillen, nicht erst den rechtsgeschäftlichen Erklärungswillen.

Die Annahme, daß durch die Täuschung ein „sonstiges Recht" im Sinne des § 823 Abs. 1 verletzt sei, könnte man einmal damit rechtfertigen, daß man das durch die Täuschung beschädigte Vermögen des Beeinflußten als ein „sonstiges Recht" auffaßt. Daß aber das Vermögen als ganzes nicht ein subjektives Recht, sondern höchstens ein Inbegriff solcher Rechte ist, dürfte kaum bestritten werden.[5])

---

[1]) So die obigen, namentlich Steinberg 54, Neumann 58 f., 64.

[2]) Bejahend z. B. Staudinger-Riezler § 123, VI; verneinend besonders Steinberg 53 f.; Weiß 21 f.; Hölder a. a. O.; Manheimer a. a. O.

[3]) A. A. Neumann 63.

[4]) Vgl. auch Hölder a. a. O.

[5]) Vgl. Oertmann II, § 823, 3 g; Reichsgerichtsräte (Schaffeld) § 823, 1; Staudinger-Engelmann § 823, II, A, 2 e ε; Cosack I,

Dann könnte man aber auch in dem Falle, wo die Täuschung zugleich eine Vertragsverletzung darstellt, z. B. im Falle des § 463 Satz 2, ein „sonstiges Recht" als verletzt betrachten, indem man unter einem solchen auch das obligatorische Recht versteht. Die weitaus herrschende Meinung nimmt jedoch an, daß unter „sonstiges Recht" niemals das Forderungsrecht begriffen werden kann, wenigstens soweit es vom Schuldner selbst verletzt wird.[1])

Es muß daher die Anwendbarkeit des § 823 Abs. 1 für die arglistige Täuschung entfallen.

Nach alledem ist bei „Bestimmung zur Abgabe einer Willenserklärung durch arglistige Täuschung" stets § 826, häufig auch § 823 Abs. 2 gegeben.

Nun zur Drohung. Die Drohung verstößt immer gegen § 826. Denn es ist sittenwidrig, wenn jemand widerrechtlich durch Drohung zur Abgabe einer Willenserklärung bestimmt wird.

Aber auch der Tatbestand des § 823 Abs. 1 wird hier im Gegensatz zur Täuschung stets erfüllt sein. Die „widerrechtliche Bestimmung zur Abgabe einer Willenserklärung durch Drohung" verletzt offenbar die „Freiheit" des Bedrohten;[2]) denn es wird von der herrschenden Meinung[3]) anerkannt, daß durch § 823 Abs. 1 jeglicher Art ungestörter Willensbestimmung geschützt ist, nicht nur die Freiheit, soweit sie durch die Straftaten der

---

§ 163, I, 1 δ, S. 676 f.; Enneccerus I, 2, § 451, I, 1 e, S. 596; Steinberg 53 f.; Weiß 21 f.; R.G. 51, 93; 58, 28; 59, 50; 62, 317; R.G. in J.W. 09, 684 Nr. 3.

[1]) Oertmann II, § 823, 3 d α; Planck (Planck) § 823, II, 1 f, und Vorb. 4; Staudinger-Engelmann § 823, II, A, 2 e δ, u. Vorb. III b; Endemann I, § 200, Anm. 10, S. 1257 f.; Enneccerus I, 2, § 451, I, 1 d, S. 594 f.; O. Chr. Fischer, Die Verletzung des Gläubigerrechts usw. 88 ff.; Kuhlenbeck II, S. 357; R.G. 53, 201 usw.

[2]) So Planck, Festgabe 161.

[3]) Namentlich v. Liszt 24 f.; Fischer-Henle § 823, 6; Staudinger-Engelmann § 823, II, A, 2 c; Planck (Planck) § 823, II, 1 d; Crome II, § 325, I, 4, S. 1018; Dernburg II, 2, § 390, II, S. 721 f. Enger fassen den Begriff besonders Oertmann II, § 823, 2 b, d; R.G. 48, 123 f.; 56, 278; 58, 28.

§§ 234—41 Str.G.B. verletzt werden kann, auch nicht nur die körperliche Freiheit, die körperliche Bewegungsfreiheit, und wie die Einschränkungen, die häufig gemacht werden, sonst lauten mögen.

Auch § 823 Abs. 2 kann vorliegen, weil die Drohung oft einen Verstoß gegen ein Schutzgesetz, nämlich die §§ 240 (Nötigung), 241 (Bedrohung), 253 (Erpressung), Str.G.B. oder den § 153 G.W.O. (Koalitionsfreiheitsbeeinträchtigung) darstellen wird.

Im Falle der Drohung kommen also stets § 823 Abs. 1 und § 826, häufig auch § 823 Abs. 2 in Frage. — —

Vergleicht man nun die Tatbestände der §§ 823 Abs. 1, 823 Abs. 2 und 826 mit dem des § 123, so fällt zunächst in die Augen, daß die Täuschung und die Drohung des § 123 immer einen Schaden bei den Beeinflußten herbeigeführt haben müssen, damit der Tatbestand einer unerlaubten Handlung erfüllt werde. Der Betreffende muß durch den Betrug oder Zwang zu einer ihn schädigenden Willenserklärung bestimmt worden sein. Denn sonst könnte von einem Schadensersatze selbstverständlich keine Rede sein.

Ferner muß der Täuschende oder Drohende stets deliktsfähig im Sinne der §§ 827, 828 gewesen sein.

Sind aber diese für den Tatbestand einer unerlaubten Handlung erforderlichen Merkmale gegeben, so wird auch die letzte Voraussetzung, an die die §§ 823 Abs. 1, 823 Abs. 2 und 826 geknüpft sind, nämlich das Verschulden, Vorsatz bezw. Fahrlässigkeit, regelmäßig vorhanden sein.

Zunächst die Täuschung. Für sie kommen ja nach den obigen Ausführungen nur die §§ 826 und 823 Abs. 2 in Betracht. Der Inhalt des darin geforderten Verschuldens ist in beiden Fällen ein anderer. Der Vorsatz und die Fahrlässigkeit müssen sich im Falle des § 823 Abs. 2 auf die Verletzung des in Frage stehenden Schutzgesetzes, also besonders des § 263 Str.G.B., der Vorsatz des § 826 sich dagegen auf die Schadenszufügung als solche beziehen.

Was nun den § 823 Abs. 2 anlangt, so fordert bisweilen bereits das betreffende Schutzgesetz, wie namentlich der § 263

Str.G.B., einen Vorsatz. Dieser wird in den meisten Fällen den in § 823 Abs. 2 verlangten Vorsatz schon erfüllen. Wenigstens ist mit dem Vorsatz des § 263 Str.G.B. auch der des § 823 Abs. 2 gegeben. Denn ersterer umfaßt auch die Rechtswidrigkeit der betrügerischen Handlung, weil dieses Tatbestandsmerkmal des § 263 Str.G.B. ist, und unter dem Schutzgesetzverletzungsvorsatz des § 823 Abs. 2 wird nichts anderes als das allgemeine Bewußtsein der Rechtswidrigkeit zu verstehen sein. Aber auch in den Fällen, wo ein anderes Schutzgesetz als § 263 Str.G.B. in Frage steht, schließt der Vorsatz nach der einen Meinung[1]) das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit in sich, so daß mit der vorsätzlichen Verletzung des Schutzgesetzes ohne weiteres auch das Vorsatzerfordernis des § 823 Abs. 2 erfüllt ist, während allerdings nach anderen[2]) der einer Gesetzesvorschrift Zuwiderhandelnde nicht zu wissen braucht, ob er mit seiner Handlung gegen eine Rechtsnorm verstoßen hat. Eine Entscheidung dieser Streitfrage mag dahingestellt bleiben; jedenfalls aber wird ein zurechnungsfähiger Mensch, der einen anderen durch Täuschung zur Abgabe einer ihn schädigenden Willenserklärung veranlaßt und dadurch gegen ein Schutzgesetz verstoßen hat, mindestens fahrlässig gehandelt haben; denn wenn er schon nicht beabsichtigt bezw. vorausgesehen hat (je nachdem man der Willens- oder der Vorstellungstheorie folgt), daß er mit seiner Handlung ein den Schutz des Gegners bezweckendes Staatsgesetz verletzt hat, so mußte er es doch wenigstens immer voraussetzen.

Der Vorsatz des § 826 wird, wenn nicht immer, so doch regelmäßig gegeben sein, wenn jemand einen andern durch betrügerische Machinationen zu einer ihn objektiv schädigenden Willenserklärung bestimmt. Wird doch die Tat in aller Regel gerade auf Erlangung eines Vermögensvorteils für den Täuschenden und damit auf eine Schädigung des Getäuschten abzielen. Der Fall der bona-mente-Täuschung, d. h. der Täuschung, die

---

[1]) So für Strafrechtsnormen z. B. Meyer-Allfeld S. 133, v. Birkmeyer S. 1127; auch Bindig, Normen II, S. 403.

[2]) So für Strafrechtssätze z. B. v. Liszt I, S. 179, 181, 184; Reichsgericht in R.G. (Strafsachen) 19, 253; 20, 293; 37, 139 usw.

der Täuschende vornimmt, weil er glaubt, dem andern damit einen Vorteil zu wahren, und die dann doch zum Schaden des Getäuschten ausschlägt, dürfte nur sehr selten sein.

Ebenso wie bei der Täuschung wird auch bei Bestimmung zur Abgabe einer schädigenden Willenserklärung durch Drohung meist der Vorsatz des § 826 vorliegen. Denn eine bona-mente-Drohung ist offenbar noch seltener, als eine solche Täuschung.

Auch das Verschulden des § 823 Abs. 2 ist bei der Drohung wohl immer als gegeben anzusehen.

Schließlich wird der Drohende auch stets vorsätzlich im Sinne des § 823 Abs. 1 gehandelt haben.[1]) Denn wer einen andern widerrechtlich zur Abgabe einer ihn schädigenden Willenserklärung zwingt, beabsichtigt immer bezw. ist sich immer bewußt, daß er die Willensfreiheit des Gegners oder daß er, wenn man den Vorsatz die Widerrechtlichkeit mit umfassen läßt, die Freiheit des anderen unzulässigerweise beeinträchtigt.

Da nun im Falle der Täuschung und Drohung Zurechnungsfähigkeit des Täters und ein Schaden auf Seiten der Verletzten fast immer vorliegen werden, so kann mit Fug gesagt werden, daß der Tatbestand des § 123 ganz regelmäßig die Merkmale einer unerlaubten Handlung aufweist.

Größtenteils wird also, wenn das Anfechtungsrecht des § 123 gegeben ist, dem Verletzten auch ein Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung zustehen.

Ein Zusammentreffen, ein Nebeneinanderstehen beider Rechtsbehelfe ist daher nicht nur möglich, sondern sogar höchst wahrscheinlich.

---

[1]) Was das weitere Erfordernis des § 823, Abs. 1, die Widerrechtlichkeit, anlangt, so enthält dieses bereits der Tatbestand des § 123, wenn man nicht schon, wie z. B. Planck, Festgabe 157 ff. (a. A. v. Blume 245 ff.), die Drohung als an und für sich widerrechtlich ansieht.

Übrigens nähert Hölder § 123, 1 a, hinsichtlich der Drohung die Tatbestände des § 123 und der unerlaubten Handlungen einander noch mehr wie wir, wenn er im § 123 das Erfordernis der Widerrechtlichkeit nicht, wie wir, nur objektiv faßt.

§ 3.

C. Das Verhältnis der beiden konkurrierenden Rechtsbehelfe zueinander.

Die Rechtsordnung ist nun im allgemeinen einer durch die Anwendung mehrerer Einzelnormen begründeten Konkurrenz zweier Rechtsbehelfe nicht feindlich. Wollte sie ein solches Zusammentreffen ausschließen, so müßte das durch eine ausdrückliche Vorschrift für den speziellen Fall bestimmt sein[1]) oder mindestens unzweideutig aus dem Verhältnis der mehreren die Konkurrenz ergebenden Rechtssätze zueinander gefolgert werden können. Beides ist hier aber nicht der Fall.

Die gesamte Literatur über die vorliegende Frage bestätigt denn auch die Konkurrenzmöglichkeit zwischen Schadensersatzanspruch und Anfechtungsrecht.

Wie gestaltet sich nun das Verhältnis beider Rechtsbehelfe zueinander? Wie ist die Rechtslage, wenn Ersatzanspruch und Anfechtungsbefugnis konkurrierend gegeben sind?

Die Antwort auf diese Frage kann nur nach einer ausführlichen Erörterung der Wirkungen der beiden Rechtsmittel gegeben werden.

I. Die Wirkungen beider Rechtsbehelfe.

Die Wirkungen beider Rechtsmittel unterscheiden sich zunächst formal dadurch voneinander, daß das Anfechtungsrecht ein Gestaltungsrecht, ein Recht des rechtlichen Könnens, ein Recht auf eigenes Handeln, das Ersatzrecht dagegen ein „Anspruch" d. h. ein Recht auf fremdes Handeln, ein Recht, ein Tun oder Unterlassen von einem andern zu verlangen (§ 194), ist.

Während der Anfechtende ohne Rücksicht auf den Geschäftsgegner durch einseitigen Akt die Rechtslage, wie sie sich durch das anfechtbare Rechtsgeschäft gestaltet hat, von sich aus zu ändern vermag, kann der Schadensersatzberechtigte lediglich den Gegner auffordern, seinerseits die Rechtslage zu ändern.

Damit hängt zusammen, daß der Schadensersatzanspruch im Gegensatz zur Anfechtung keine unmittelbare, dingliche, sondern nur eine obligatorische Wirkung hat. Er erzeugt für den Be-

[1]) Vgl. Enneccerus I, 1, § 164 Anm. 1, S. 434 f.

trüger bezw. den Drohenden nur die Verpflichtung, den zwischen ihm und dem Berechtigten gegebenen Rechtszustand in einer den Schaden ausgleichenden Weise umzugestalten.[1,2].

Aber auch materiell sind die beiden Rechtsbehelfe voneinander durchaus verschieden. Die Anfechtung ist auf den Erfolg der Täuschung oder Drohung abgestellt, daß dadurch eine Willenserklärung und ein darauf beruhendes Rechtsgeschäft hervorgerufen ist. Anders der Ersatzanspruch. Er berücksichtigt einen ganz anderen Erfolg der Täuschung oder Drohung, er repariert eine andere Wirkung dieser Handlungen: Nämlich den dadurch entstandenen Schaden.

Während also die Rechtsordnung dem Beeinflußten in dem Anfechtungsrecht ein Mittel zur Beseitigung der durch Betrug oder Zwang veranlaßten Willenserklärung an die Hand gibt, ist der Schadensersatzanspruch auf Herstellung regelmäßig der Vermögenssphäre des Verletzten gerichtet.

Nach alledem werden die beiden Rechtsmittel auch einen ganz verschiedenen Erfolg haben.

Durch die Anfechtung wird die schwebende, nur von der Anfechtungserklärung abhängige Nichtigkeit der Willenserklärung und damit des diese voraussetzenden Rechtsgeschäfts herbeigeführt, und zwar mit Rückwirkung, also mit der Wirkung, daß Erklärung und Geschäft als von Anfang an nichtig anzusehen sind (§ 142). Die Erklärung und das Geschäft sind nicht mehr vorhanden und werden als niemals vorhanden gewesen betrachtet; die Rechtswirkungen des angefochtenen Rechtsgeschäfts gelten als nicht eingetreten.

Welches ist aber der Inhalt der gegnerischen Verpflichtung bei dem Schadensersatzanspruche?

---

[1] Vgl. Kohler, Rhein. Ztschr. 1911, S. 210 ff., 214 f.

[2] Der weitere zwischen Ersatz- und Anfechtungsrecht bestehende Unterschied hinsichtlich der Ausübungsfrist — die Anfechtung ist an eine Präklusivfrist von einem Jahre gebunden (§ 124), der Ersatzanspruch verjährt in drei Jahren (§ 852) — ist unten S. 54 ff. näher erörtert.

II. Insbesondere die Wirkung des Schadensersatzanspruchs.

a) Im Falle der arglistigen Täuschung.

§ 4.

1. Eigene Ansicht.

Zur Erörterung dieser überaus bestrittenen Frage müssen wir weiter ausholen, und dieses Problem soll rechteigentlich den Kern unserer Ausführungen bilden.

Wir werden hier zunächst den Schadensersatz bei arglistiger Täuschung und dann den bei der Drohung behandeln müssen. Das rechtfertigt sich dadurch, daß über den Inhalt des Ersatzanspruchs für den Fall des Betrugs eine große Literatur besteht, mit der man sich auseinanderzusetzen hat, während dieselbe Frage bei der Drohung entweder nur akzessorisch zur Täuschung oder gar nicht erörtert ist.

Da für den Schadensersatz aus arglistiger Täuschung keine besonderen Bestimmungen bestehen,[1]) so ist auf die allgemeinen Vorschriften über den Schadensersatz aus unerlaubten Handlungen zurückzugreifen.

Der Inhalt und Umfang des Schadensersatzanspruchs bestimmt sich daher nach der für jeglichen Schadensersatz geltenden Vorschrift des § 249. —

Man hat freilich behauptet, daß § 249 nur die Frage, ob Naturalrestitution oder Gelderſatz, entscheide, dagegen über den Umfang des Anspruchs nichts besage; der Umfang des Ersatzanspruchs bestimme sich vielmehr nach der jeweiligen die Schadensersatzpflicht begründenden Vorschrift, also z. B. nach § 286, 635, 701, 823 usw., d. h. nach dem Grunde seiner Entstehung.[2])

Diese Ansicht übersieht jedoch, daß der Schaden und der Ersatz des Schadens gar nicht anders als nach der Formel des § 249 bestimmt werden kann.

Denn Schaden ist eben der Unterschied zwischen der jetzigen Vermögenslage des Verletzten — für uns handelt es sich nur um den Vermögensschaden — und dem Zustande, der bestehen

---

[1]) Vgl. Motive II, 758 und oben S. 3.

[2]) So Weinberg, 84 ff., bes. 86; Cohn, J.W. 11, 139.

würde, wenn der zum Ersatze verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Und nichts anderes besagt ja auch § 249.[1])

Es ist mithin § 249 für die Bestimmung des Ersatzumfanges auch in unserem Falle maßgebend.

Fraglich ist in § 249 nun einzig der Ausdruck „der zum Ersatze verpflichtende Umstand“. Erst dieser „Umstand“ gibt der an sich farblosen Formel des § 249 im konkreten Falle die richtige Bedeutung.

Der Inhalt dieses Ausdruckes ist nicht aus § 249 selbst zu entnehmen, sondern er bestimmt sich nach den Vorschriften über Schadensersatz, wo sie sich im B.G.B. auch finden. Mit jenem Ausdrucke wird auf die Rechtsnormen hingewiesen, die die Verpflichtung zum Schadensersatz überhaupt aussprechen, die die Ersatzpflicht begründen.

Denn in § 249 wird ja nur der Inhalt des auf irgendwelcher Vorschrift des B.G.B. beruhenden Ersatzanspruchs näher festgelegt, der Umfang des Schadensersatzes näher bestimmt.

Regelmäßig ist „der zum Ersatze verpflichtende Umstand“ nun eine den Schaden stiftende Handlung des Ersatzpflichtigen — grundsätzlich kann man nur für seine Handlungen verantwortlich gemacht werden — z. B. nach § 286 der Verzug des Schuldners, nach den §§ 823 ff. die unerlaubte Handlung, also der für den Schaden kausale Umstand, soweit er auf eine Tätigkeit des Ersatzpflichtigen zurückzuführen ist. Es gibt zwar auch Fälle, wo man unmittelbar aus dem Gesetze haftet, ohne

[1]) Außerdem freilich enthält diese Vorschrift auch den Grundsatz der sogen. Naturalrestitution, d. h. es soll nach § 249 in erster Linie jener Zustand hergestellt werden — nicht wieder hergestellt werden, daher sind die Ausdrücke Naturalrestitution, Naturalreparation usw. schlecht —, der vorliegen würde, wenn das zum Ersatze verpflichtende Ereignis nicht eingetreten wäre, und nur subsidiär ist die Herstellung eines gleichwertigen Zustandes d. h. Geldentschädigung vorgeschrieben. Vgl. zu allem diesem Weiß 22 f.; Oertmann II, Vorb. 3a zu §§ 249 ff. (Inzidenter); Schollmeyer, Vorb. zu § 249, § 249, 1; Cosack I, § 91, IV, 1 a („gesetzliche Definition“ des Schadens); Endemann I, § 128, 2 a, S. 723; Enneccerus I, 2, § 134, II, S. 24. (Definition des Schadenersatzes), auch wohl Planck (Planck) § 249, 2.

den Schaden verursacht zu haben, z. B. nach § 278, 833, 836. Und schließlich kann man auch zum Ersatze verpflichtet sein, bloß weil man es übernommen hat, für einen gewissen Schaden einzustehen. Aber in erster Linie beruht die Schadensersatzpflicht darauf, daß das Schaden stiftende Ereignis eine Handlung des Ersatzpflichtigen ist.[1])

So liegt die Sache denn auch im Falle einer unerlaubten Handlung, welche hier in Betracht kommt. Hier bedeutet der „zum Ersatze verpflichtende Umstand" des § 249 die Schaden stiftende unerlaubte Handlung, soweit sie den Betreffenden ersatzpflichtig macht, also den Schaden stiftenden Umstand, soweit er durch die Handlung des Betreffenden kausiert ist.

Wenden wir das nun auf den Ersatzanspruch der §§ 823 ff. wegen Täuschung an und nehmen wir das von Weiß S. 22 gewählte Beispiel: Der Verkäufer eines Hauses macht dem Käufer arglistige Zusicherungen über dessen Mietserträge. Der Käufer erleidet deshalb einen Schaden: er hat nicht die zugesicherten Erträge.

Für diesen Schaden ist kausal, also „Schaden stiftender Umstand" der Irrtum des Getäuschten, d. h. der Umstand, daß der Verkäufer höhere Erträge angab, als das Haus in Wirklichkeit abwarf, also sowohl die Tatsache, daß das Haus nicht die zugesicherten Erträge hat, als die Tatsache, daß der Verkäufer dem Vertragsgenossen falsche Angaben gemacht hat.

Ein Irrtum hätte sowohl dann nicht vorgelegen, ein Schaden wäre demnach sowohl dann nicht eingetreten, wenn das Haus die zugesicherten Erträge wirklich gehabt hätte, als auch dann nicht, wenn der Verkäufer keine unwahren Zusicherungen gemacht hätte und der Kaufvertrag darum überhaupt nicht oder doch nicht unter solchen Bedingungen abgeschlossen worden wäre.

Ist aber der Irrtum des Getäuschten der den Täuschenden zum Ersatze verpflichtende Umstand? Keineswegs!

Der Umstand, daß das Haus nicht die zugesicherten Eigenschaften hat, also das Nichtvorhandensein der zugesicherten Eigen-

[1]) Vgl. Reichsgerichtsräte Vorb. zu §§ 249 ff.; Schollmeyer § 249, 2; Staudinger-Kuhlenbeck § 249, 1, 2.

schaften, die objektive Unwahrheit des Vorgetäuschten, das Anderssein der Wirklichkeit kann niemals zum Ersatze verpflichten. Der Ersatzpflichtige, hier also der Verkäufer, „kann immer nur für etwas verantwortlich gemacht werden, was zu vermeiden er in der Lage gewesen wäre. Hat er durch falsche Angaben über die Wirklichkeit getäuscht, so konnte er die Täuschung nicht durch Umgestaltung der Wirklichkeit vermeiden, denn sie war für ihn, wie für jedermann, eine festgegebene, unverrückbare Größe." [1])

Der zum Ersatze verpflichtende Umstand ist hier vielmehr allein die auf den Betrüger rückführbare Täuschungshandlung. Nicht dafür kann der Täuschende verantwortlich gemacht werden, daß die Wirklichkeit nicht zu seinen Worten paßte, sondern nur dafür, daß er seine Worte nicht der Wirklichkeit anpaßte, mochte er nun die Wahrheit sagen oder die fraglichen Eigenschaften des Geschäftsgegenstandes gar nicht erwähnen.[2])

Kehren wir jetzt zu § 249 zurück, so ist als Schadensersatz im Falle der Täuschung der Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der Ersatzpflichtige nicht getäuscht hätte, d. h. wenn er die Wahrheit gesagt oder den Mund gehalten hätte.

Wie stünde es dann aber mit dem Rechtsgeschäfte, das der Betreffende infolge der Täuschung abgeschlossen hat?

Wenn der Geschäftsgegner hier die Wahrheit gesagt oder überhaupt nichts gesagt hätte, dann hätte der andere das Geschäft

[1]) Werner, R. 05, 304; vgl. auch Westrum, J.W. 07, 39 f.

[2]) Es ist daher unrichtig, wenn Weiß S. 23 meint: „Eine Täuschung hätte sowohl dann nicht vorgelegen, wenn das Haus die arglistig vorgespiegelten Erträge wirklich gehabt hätte, als auch dann nicht, wenn der Verkäufer über die Erträge keine falschen Zusicherungen gemacht hätte." Nein, ein Irrtum hätte unter jenen Voraussetzungen nicht vorgelegen. Und dieser Irrtum ist, wie oben ausgeführt, zwar der für den Schaden kausale Umstand, nicht aber der „zum Ersatze verpflichtende Umstand". Der zum Ersatze verpflichtende Umstand kann nur die Täuschungshandlung sein. Eine Täuschungshandlung hätte aber nur dann nicht vorgelegen, oder um — und das ist richtiger — mit dem Gesetzeswortlaut zu gehen, eine Täuschung wäre nur dann nicht „eingetreten", wenn der Täuschende keine unrichtigen Zusicherungen gemacht hätte, also entweder die Wahrheit oder überhaupt nichts gesagt hätte.

entweder gar nicht oder doch nicht unter denselben Bedingungen geschlossen, z. B. das Haus gar nicht oder doch nicht zu dem hohen Preise gekauft.

Der nach § 249 im Falle der Täuschung herzustellende Zustand ist demnach der, welcher jetzt bestehen würde, wenn das Rechtsgeschäft überhaupt nicht oder doch unter anderen, und zwar für den Getäuschten günstigeren, Bedingungen z. B. unter Vereinbarung eines günstigeren Erfüllungsortes oder einer günstigeren Erfüllungszeit oder einer geringeren Gegenleistung zustande gekommen wäre; d. h. der Getäuschte kann mit dem Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung das Interesse daran ersetzt verlangen, das Geschäft überhaupt nicht oder doch nicht unter derartigen Bedingungen eingegangen zu sein, wie es tatsächlich geschehen ist. „Er kann den Schaden ersetzt verlangen, den er dadurch erleidet, daß er die Angaben des Täuschenden für wahr hielt, daß er auf sie vertraute und daher den Vertrag überhaupt oder so abgeschlossen hat.“ (Weiß, 24), mit anderen Worten: er hat das negative Interesse zu fordern.[1])

Der Schadensersatzanspruch wegen arglistiger Täuschung richtet sich deshalb entweder auf Aufhebung des durch jene veranlaßten Rechtsgeschäfts und Ersatz des durch die Geschäftsvernichtung noch nicht gedeckten Schadens, z. B. des Schadens, der durch im Vertrauen auf Bestand des Geschäfts gemachte Aufwendungen entstanden, aber auch weiter des Schadens, der durch entgangenen Gewinn, etwa durch Ausschlagen einer anderen, günstigeren Geschäftsofferte dem Getäuschten erwachsen ist, oder auf Abänderung der Bestimmungen des konkreten Geschäfts.

[1]) Ich nenne den Umfang des Schadensersatzanspruchs in beiden Fällen, also sowohl in dem Falle, daß der Getäuschte das Geschäft ohne die Täuschung überhaupt nicht abgeschlossen hätte, als auch in dem Falle, daß er es unter anderen Bedingungen geschlossen hätte, „negatives Interesse“, weil das Ersatzrecht in beiden Fällen das Interesse an dem Nichtabschluß des konkreten Geschäfts, wie es tatsächlich zustande kam, gewährt. Materiell ist ja die zweite Alternative weiter nichts als das positive, das Erfüllungsinteresse (vgl. unten S. 18 ff.).

Dieses Ergebnis läßt sich m. E. mittelbar auch aus dem Gesetze selbst herleiten, nämlich aus § 853. Der § 853 lautet: „Erlangt jemand durch eine von ihm begangene unerlaubte Handlung eine Forderung gegen den Verletzten, so kann der Verletzte die Erfüllung auch dann verweigern, wenn der Anspruch auf Aufhebung der Forderung verjährt ist."

Diese Vorschrift setzt mithin voraus, daß es einen Anspruch aus unerlaubter Handlung auf Aufhebung der durch diese Handlung erlangten Forderung gibt. Wenn nun auch andere Fälle denkbar sind, so ist doch zweifellos der Schulfall einer durch unerlaubte Handlung erlangten Forderung der aus einem infolge Täuschung (oder Drohung) zustandegekommenen Rechtsgeschäfte dem Täuschenden (oder Drohenden) zustehende Anspruch. § 853 ist denn auch gerade mit Rücksicht auf ein Rechtsgeschäft gegeben, dessen Abschluß durch Betrug oder Drohung veranlaßt wurde.[1])

Wenn somit der den § 853 bedingende Aufhebungsanspruch regelmäßig der aus arglistiger Täuschung (oder Drohung) ist, so ist anerkannt, daß sich der Ersatzanspruch im Falle des Betrugs (oder Zwangs) auf die — totale oder teilweise — Aufhebung des dadurch hervorgerufenen Rechtsgeschäfts richtet. —

Ist demnach der Inhalt des Ersatzanspruchs wegen Täuschung ein anderer, je nachdem das durch die Täuschung veranlaßte Rechtsgeschäft ohne diese gar nicht vorgenommen oder zwar vorgenommen, aber doch nicht so vorgenommen worden wäre, so ist damit wenigstens für den Schadensersatzanspruch der alte gemeinrechtliche Unterschied zwischen dolus causam dans und dolus incidens auch heute noch wirksam geblieben, während er für die Anfechtung nicht mehr besteht.

Dolus causam dans lag nach der gemeinrechtlichen Terminologie dann vor, wenn die Täuschung für die Existenz des Rechtsgeschäfts überhaupt kausal war, das Geschäft also ohne sie nicht zustande gekommen wäre. Das ist aber bei der ersten Alternative des Ersatzanspruchs, wie sie oben festgestellt wurde, der Fall. — Dolus incidens war im gemeinen Rechte

[1]) Protokolle, I, 121 ff. Vgl. auch I, 118 f. und I, 237.

gegeben, wenn zwar das Geschäft an sich auch ohne den Betrug eingegangen worden wäre, der Betrug aber einen Teil des Geschäfts, eine Modalität der Vereinbarung, eine gewisse Geschäftsbestimmung beeinflußte. So liegt die Sache bei der zweiten Wirkung des Schadensersatzanspruchs.[1])

Dieses aus den §§ 249 und 853 hergeleitete Ergebnis ist nun in Literatur und Praxis lebhaft bestritten. Es sind eigentlich nur das O.L.G. Marienwerder in einer Entscheidung[2]) und Westrum,[3]) wohl auch das Reichsgericht in einem Urteil,[4]) die andeutungsweise als Inhalt des Ersatzanspruchs im vorliegenden Falle das „negative Interesse“ in dem von uns gewollten Sinne befürworten. Die übrigen Autoren, die auf den Schadensersatzanspruch das negative Interesse geben wollen,[5])

---

[1]) Vgl. R.G. in Zeitschrift f. Rechtspfl. in Bayern, 2, 188.

[2]) Rechtspr. der O.L.G. 12, 12 f. A. A. das Revisionsgericht 63, 110 ff. (J.W. 06, 330 ff.).

[3]) J.W. 07, 39 f. Für den Fall der Täuschung ohne Vertragsverletzung auch Werner, R. 05, 303 ff. und Weiß, 22 ff.

[4]) J.W. 10, 934 (R. 10 Nr. 3711; Warneyer, Rechtspr. 10 Nr. 383; Gruchot 55, 347 ff.).

[5]) Reichsgerichtsräte (Schaffeld), Vorb. 4 e zu §§ 823 ff. (im Gegensatz zu Reichsgerichtsräte [Kiehl] § 123, 5); Planck (Planck), § 123, 7; Planck (Planck), Vorb. 5 zu §§ 823 ff.; Staudinger-Riezler, 5./6. Aufl., 1910, § 123, VI; Staudinger-Engelmann, 5./6. Aufl., Vorb. 3 a zu §§ 823 ff. (im Gegensatze zu Staudinger-Riezler und -Engelmann, 3./4. Aufl.); Staudinger-Kober, 5./6. Aufl., § 463, 8 b γ (ebenso 3./4. Aufl.); Crome I, § 95, 3 und Anm. 13; Dernburg, 3. Aufl., I, § 146, 8 und § 147, 4, S. 495 und 98; Enneccerus I, 1, § 164, S. 434 ff.; H. A. Fischer 181; Kohler II, 1, § 176, III, S. 480; Lenel D.J.Z. 07, 455; Motive I, 208, II, 756 ff.; Steinberg 55 f.; Kipp-Windscheid I, § 78, Zus. 5; R.G. in J.W. 07, 670 (R.G. 66, 335 ff.); Warneyer, Rechtspr. 09, Nr. 179; J.W. 09, 309, Nr. 2 (Warneyer, Rechtspr. 09, Nr. 399), 10, 934 (R. 10, Nr. 3711; Warneyer, Rechtspr. 10, Nr. 383; Gruchot 55, 347 ff.); Warneyer, Rechtspr. 10, Nr. 313; J.W. 11, 213, Nr. 8 (R. 11, Nr. 1103), 11, 486, Nr. 5 (R. 11, Nr. 2088); R. 11, Nr. 3804; J.W. 12, 137 f. R. 12, Nr. 580; J.W. 12, 237, Nr. 4. — O.L.G. Braunschweig, Seuff. A. 59, 262 f.; O.L.G. Kiel, R. 08, Nr. 2784 (vgl. Schleswig-Holsteinsche Anz. 08, 49); O.L.G. Dresden, Seuff. A. 65, 280 ff., Heft 5, Nr. 13; ein O.L.G. in Märk. Volksztg., Nr. 211, Beil. v.

meinen damit lediglich das Interesse an der Aufhebung des Geschäfts, übersehen aber die zweite Funktion des Ersatzanspruchs.

Die erste Alternative dieses Anspruchs, das Recht, Aufhebung des Geschäfts und Ersatz des sonstigen Schadens zu fordern, wird ja auch die Regel bilden. Immerhin ist der Fall denkbar, daß der Getäuschte das Geschäft selbst auch ohne den Betrug abgeschlossen, es aber nicht so abgeschlossen hätte, wie er es tatsächlich getan hat. Das Kriterium für die Unterscheidung beider Fälle bildet die Handlungsweise eines vernünftigen Menschen nach den Regeln des täglichen Lebens.[1] „Wenn nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge" anzunehmen ist (vgl. z. B. § 119, 139, 155), daß das betreffende Rechtsgeschäft auch „in Kenntnis der Sachlage bei verständiger Würdigung des Falles" (§ 119) vorgenommen sein würde, dann liegt ein Fall des dolus incidens vor. Rechtfertigen die Erklärungen des Getäuschten eine solche Annahme, dann ist als bewiesen anzusehen, daß er das Rechtsgeschäft zwar vorgenommen, aber anders gestaltet hätte (vgl. § 287 Z.P.O.).

Die Möglichkeit der Unterscheidung beider Fälle sei an einigen Beispielen dargestellt. — Hat z. B. ein Spekulant ein Grundstück im Werte von 200 *M* für den Preis von 2000 *M* gekauft, weil der Verkäufer ihm versichert, dort sei Braunkohle abgebaut und der Abbau nur wegen Mangels an Mitteln eingestellt worden, so leuchtet ein, daß der Käufer das Grundstück ohne den Betrug überhaupt nicht gekauft hätte; ebenso liegt es in dem Falle, daß etwa ein berühmter Kunsthändler ein Bild

---

14. September 1911; auch Frankenburger, Seuff. Bl. 73, 525 ff.; Goldmann-Lilienthal, § 39, 56 § 40, 5, S. 153 ff.; Hölder, § 123, 7; Klee 18; Kohler, Rhein. Zeitschrift 11, 210 ff.; Kuhlenbeck I, 446; Leiendecker, Seuff. Bl. 72, 421; Mannheimer, Jur. Monatsschr. usw. 06, 37 ff. (der aber dem Getäuschten ganz unabhängig vom Schadensersatzrecht einen Anspruch auf das positive Interesse geben will aus der allgemeinen Erwägung, daß jeder für die Wahrheit seiner beim Vertragsschluß gegebenen Zusicherungen einstehen müsse); R.G. 54, 140; 56, 47 ff; R.G. in J.W. 98, 518, Nr. 58; in R. 11, Nr. 2431 Ende.

[1] Vgl. H. A. Fischer, Der Schaden usw. 117, 18.

im Werte von 500 ℳ für 50000 ℳ kauft, weil der Verkäufer ihn glauben macht, es sei ein echter Rembrandt.

Hat dagegen der Käufer beim Vertragsschluß geäußert, er kaufe das betreffende Gebäude nur zu seinem Feuerkassenwert und hat ihm der Verkäufer vorgespiegelt, der geforderte Kaufpreis von 200000 ℳ sei der Feuerkassenwert,[1]) so ist klar, daß der Käufer in Kenntnis der Sachlage unter entsprechender Preisminderung bei dem Vertrage stehen geblieben wäre. Überhaupt würde der Vertragschließende, wenn eine eigenartige Sache, z. B. ein Villengrundstück für den eigenen Gebrauch des Käufers, eine Sache mit bestimmten individuellen Eigenschaften gekauft, gemietet, gepachtet usw. wäre und sich hinterher Mängel herausstellten, die diese Eigenart des Vertragsgegenstandes nicht oder doch nicht erheblich beeinträchtigten, den Vertrag auch in Kenntnis dieser Mängel, aber natürlich unter veränderten Bedingungen, besonders unter Herabsetzung des Kaufpreises, des Miet- oder Pachtzinses, eingegangen sein.

In solchem Falle würde es offenbar unbillig sein, den Ersatzanspruch auf die Aufhebungswirkung zu beschränken. Hier muß der Getäuschte vielmehr bei dem Vertrage stehen bleiben und Erfüllung, wie wenn die Täuschung nicht eingetreten wäre, verlangen können. Hier müssen mithin „die vertragsmäßigen Festsetzungen, soweit sie nicht durch den Betrug betroffen werden, maßgebend"[2]) bleiben. Der Getäuschte ist hier so zu stellen, wie er stünde, wenn der Vertrag gehörig erfüllt worden wäre, d. h. wie wenn die vorgespiegelten Tatsachen wahr wären. In diesem Falle ist also der Anspruch auf das Erfüllungsinteresse gerechtfertigt.

§ 5.

2. Die Ansicht von Linckelmann.

Können wir die eben (S. 17 f.) erwähnten Autoren und Entscheidungen der obersten Gerichte, wenn auch bedingt, zu Vertretern der von uns verfochtenen Ansicht rechnen, so steht

---

[1]) Vgl. diese Beispiele bei Cohn, J.W. 11, 139 f.

[2]) R.G. 63, 110 ff.

im schroffsten Gegensatz zu ihr Linckelmann.[1]) Er verlangt als Folge des Ersatzrechts immer das positive Interesse, indem er den Schadensersatzanspruch auch neben der Anfechtung stets auf Ersatz des Erfüllungsinteresses gerichtet sein lassen will.

M. E. ohne Grund.

Zunächst geht seine Berufung auf die Gesetzesmaterialien, auf Planck[2]) und auf Dernburg[3]) fehl.

Allerdings stimmen die Motive[4]) mit Linckelmann darin durchaus überein, daß sie Schadensersatzrecht und Anfechtungsbefugnis nicht wie die von Linckelmann bekämpfte Entscheidung des Reichsgerichts (R.G. 59, 155 ff.) alternativ, sonder kumulativ gewähren. Aber davon, daß der Ersatzanspruch immer auf das positive Interesse gerichtet sei, enthalten sie nichts. Sie befürworten vielmehr ausdrücklich das negative Interesse. Der Verletzte soll nach ihnen im Wege der Geltendmachung des Ersatzanspruchs die „Wiederaufhebung des Geschäfts" verlangen können oder auch „die Wiederaufhebung des Vertrags . . . und Ersatz des sonstigen negativen Interesses".

Planck sagt an der angegebenen Stelle nur, daß der Ersatzanspruch der §§ 823 ff. auf „Aufhebung der betreffenden Willenserklärung" und „. . . Ersatz desjenigen Schadens in Geld" geht, „welcher durch Wegfall der Willenserklärung nicht gedeckt wird". Er stellt sich mithin auch lediglich auf den Standpunkt des negativen Interesses.

Was nun Dernburg anlangt, so scheint er tatsächlich das positive Interesse auch neben der Anfechtung zu fordern. Es ist jedoch mit Weiß (S. 35) darauf hinzuweisen, daß Dernburg an dieser Stelle offenbar nicht an den Gegensatz zwischen negativem und positivem Interesse gedacht hat. Und selbst wenn er damals (1./2. Aufl.) die Meinung Linckelmanns geteilt haben sollte, so vertritt er jedenfalls in der 3. Auflage seines Werkes

---

[1]) J.W. 05, 226 ff.

[2]) Komm. § 123, 7 (Planck).

[3]) I, § 146, VIII, S. 495.

[4]) I, 208 (Mugdan I, 467) und II, 20 f. (Mugdan II, 11).

die Ansicht, daß mit dem Ersatzanspruche neben der Anfechtung nur das negative Interesse verlangt werden kann.

Auch Linckelmanns eigne Beweisführung wirkt nicht überzeugend.

Linckelmann will in jedem Fall Anfechtungsrecht und Schadensersatzanspruch wegen arglistiger Täuschung kumulativ geben; der Ersatzanspruch gehe zunächst, ebenso wie die Anfechtung, nur auf Aufhebung des Rechtsgeschäfts, dann müsse der Geschädigte aber auch „für diejenigen Vorteile in Geld entschädigt werden, welche inhaltlich des Rechtsgeschäfts ihm zugefallen wären". Und schließlich meint er: „Der Schade umfaßt auch den entgangenen Gewinn". — Daß sich aber diese beiden von ihm postulierten Wirkungen des Ersatzanspruchs geradezu widersprechen würden, scheint Linckelmann zu übersehen. Man kann doch nicht mit demselben Rechtsmittel einmal Aufhebung des schädigenden Rechtsgeschäfts und dann Schadensersatz wegen Nichterfüllung dieses Geschäfts verlangen. Tut man das, so stellt man sich einerseits auf den Standpunkt, den Vertrag beseitigt, und andererseits auf den Standpunkt, den Vertrag erfüllt sehen zu wollen.

Darauf weist ja auch der von Weiß mit Recht zitierte § 463 hin, der alternativ und nicht kumulativ ein Recht auf Wandlung, d. h. Aufhebung des Rechtsgeschäfts und auf Ersatz wegen Nichterfüllung gibt. Wenn der Ersatzanspruch zugleich auf Rückgängigmachung des Vertrags und auf Ersatz des Erfüllungsinteresses gerichtet sein könnte, so wäre § 463 sinnlos.

Er wäre aber auch überflüssig. Denn wenn der Getäuschte schon nach den §§ 823 ff. einen Anspruch sowohl auf Wandlung als auf Ersatz wegen Nichterfüllung hat, wozu gewährt § 463 bei arglistiger Verschweigung von Fehlern zur Zeit des Kaufabschlusses dann noch neben Wandlung und Minderung einen besonderen Anspruch auf das positive Interesse?

Der Ersatzanspruch kann demnach immer nur auf eins von beiden, entweder auf Aufhebung des Vertrags oder auf Ersatz des Erfüllungsinteresses gerichtet sein.

Ist aber schon das Nebeneinanderstehen eines obligatorischen Anspruchs auf Vertragsaufhebung und eines Rechts auf

das positive Interesse ausgeschlossen, so ist um so mehr unzulässig die Konkurrenz der dinglich die Aufhebung des Geschäfts bewirkenden Anfechtung mit dem auf das positive Interesse gerichteten Schadensersatzanspruche. —

Linckelmann weist dann zum Schluß noch auf einen praktischen Vorzug seiner Auffassung hin. Man pflege, sagt er, da die Täuschungsabsicht oftmals nicht nachweisbar sei, in der Praxis das Geschäft wenigstens wegen Irrtum anzufechten, und zwar müsse man das im Gegensatz zur Anfechtung (§ 124) unverzüglich tun (§ 121). Dadurch ginge aber, wenn man der von ihm bekämpften Ansicht wäre — Linckelmann richtet sich vornehmlich gegen R.G. 59, 155 ff., das, falls das Geschäft angefochten wird, auf den Ersatzanspruch nur das negative Interesse, im übrigen aber das positive Interesse gewähren will (vgl. unten S. 23 ff.) —, dem Anfechtenden der Anspruch auf das Erfüllungsinteresse verloren, während nach Linckelmann dieses ja auch nach der Anfechtung noch mit dem Ersatzanspruche verlangt werden könnte.

Es ist ihm im Gegensatz zu Weiß, S. 34 zuzugeben, daß darin eine Ungerechtigkeit liegt. Es ist aber auch klar, daß praktische Vorzüge einer Ansicht gegenüber deren rechtlicher Unterhaltbarkeit nicht ausschlaggebend sein können; und überdies besteht die Unbilligkeit nur, solange man eben mit der von Linckelmann bekämpften Meinung z. B. mit R.G. 59, 155 ff., für den Fall der Nichtanfechtung auf den Ersatzanspruch das positive Interesse gewährt. Sie entfällt demnach, wenn man, wie wir, auch für den Fall, daß nicht angefochten wird, als Inhalt des Ersatzanspruchs nur das negative Interesse befürwortet.

Es kann also der Ansicht Linckelmanns nicht beigetreten werden. Man darf mit Fug sagen: Der **Ersatzanspruch** geht **neben der Anfechtung sicher nicht auf das positive, das Erfüllungsinteresse.**

§ 6.

3. Die Ansicht des Reichsgerichts in R.G. 59, 155 ff. usw.

Jedenfalls aber ist Linckelmann nicht in den Fehler verfallen, den die übrigen Gegner der von uns vertretenen Ansicht

begehen: Sie wollen nämlich die Wirkung des Schadensersatzanspruchs verschieden gestaltet wissen, je nachdem dieser Anspruch neben bezw. nach der Anfechtung oder allein geltend gemacht wird. Wäre das betreffende Rechtsgeschäft angefochten, meinen sie, so sei das Ersatzrecht nur auf das negative Interesse d. h. auf Vernichtung des Geschäfts und Ersatz des sonstigen Schadens gerichtet. Dagegen soll, wenigstens nach der vorwiegenden, zuerst vom Reichsgericht in R.G. 59, 155 ff. verfochtenen Ansicht, der Ersatzanspruch sonst das Recht auf das positive Interesse gewähren.

Nun ist aber der auf der betreffenden, das Ersatzrecht begründenden Vorschrift des B.G.B. z. B. den § 823 ff. und auf dem § 249 beruhende Schadensersatzanspruch zweifellos eine feststehende Größe. Der Inhalt dieses Anspruchs kann nicht davon abhängig gemacht werden, ob das Rechtsgeschäft auch angefochten ist oder nicht, denn das hieße die Konkurrenz der beiden Rechtsbehelfe, des Ersatzrechts und der Anfechtungsbefugnis, über deren Wirkungen entscheiden lassen wollen, während in Wahrheit die Wirkungen beider über die Konkurenz d. h. darüber entscheiden sollen, ob und in welchem Umfange beide Behelfe nebeneinander gebraucht werden können.

Ist die erwähnte Ansicht schon aus diesem Grunde zu verwerfen, so sind auch die im einzelnen für sie vorgebrachten Gründe nicht geeignet, sie haltbarer erscheinen zu lassen.

An erster Stelle ist als Vertreter dieser Anschauung das Reichsgericht zu nennen, das in langjähriger Praxis[1]) den Standpunkt vertrat, daß der Getäuschte, wenn er anfechte, nur das negative, wenn er aber bei dem Vertrage stehen bliebe, das positive Interesse zu fordern habe.[2])

---

[1]) Nachdem es freilich, wie aus zwei Entscheidungen: R.G. 54, 137 ff. und 56, 47 ff. hervorgeht, eine Zeitlang zu der Annahme des negativen Interesses geneigt hatte! (Vgl. daher unter Literatur oben S. 17 f).

[2]) R.G. 59, 155 ff. (12. Nov. 04, V. Sen., J.W. 05, 42); R.G. in Gruchot 49, 902 ff. (19. Nov. 04, V. Sen.); R.G. in R. 05, Nr. 2564; in J.W. 05, 76 f. (7. Dez. 04, V. Sen.; R. 05, Nr. 280, Seuff. A. 60, 443 ff.; Gruchot 49, 889 ff); R.G. 63, 110 ff. (J.W. 06, 330 ff.; D.J.Z.

Freilich entscheidet R.G. 59, 155 ff. nur den Fall der Täuschung durch vertragsmäßige arglistige Zusicherungen. Daraus darf jedoch nicht geschlossen werden, das R.G. halte seine Meinung nur für den Fall der Täuschung als Vertragsverletzung aufrecht, wie Weiß S. 27 meint (vgl. Anm. 2 S. 23). Denn einmal spricht das Reichsgericht im zitierten Falle ganz allgemein von arglistigen Zusicherungen; dann aber finden sich mehrere Entscheidungen des Reichsgerichts und der ihm folgenden Oberlandesgerichte, die gerade in Fällen, wo die

---

06, 655 f.); R.G. in Zeitschr. f. Rechtspfl. in Bay., 2, 188; R.G. in Sörgel 09, § 123, 6; dem R.G. folgend O.L.G. Kassel in R. 07, Nr. 9; O.L.G. Jena; R. 11, Nr. 1863. — In dem Bestreben, eine Stütze für seine Ansicht in der Rechtsprechung des R.G. zu finden, hat Weiß, S. 27, das R.G. offenbar mißverstanden. Denn wenn er für seine Auffassung, wonach der Getäuschte im Falle der Nichtanfechtung, wenn die Täuschung zugleich eine Vertragsverletzung darstellt, das positive Interesse verlangen kann, R.G. 59, 155 ff. (Nr. 146), R.G. in J.W. 05, 76 f., (7. Dez. 04, V. Sen.), R.G. in J.W. 98, 518, Nr. 58 und in J.W. 02, Beil. S. 239 zitiert, so ist die Berufung auf R.G. 59, 155 ff. zwar insoweit berechtigt, als der jenem Urteil unterliegende Fall der Täuschung tatsächlich eine Vertragsverletzung im Weißschen Sinne darstellt; denn es handelt sich da um vertragsmäßige Zusicherungen von Tatsachen. Sie ist jedoch insoweit unrichtig, als das R.G. nicht zwischen der Täuschung als Vertragsverletzung und bloßer Täuschung unterscheidet, sondern das positive Interesse ganz generell für den Fall der Nichtanfechtung gibt. J.W. 05, 76 f vollends liegt gerade ein Fall der nicht vertragswidrigen Täuschung zugrunde: Vorgespiegelte, nicht vertragsmäßig zugesicherte Eigenschaften! — R.G. in J.W. 98, 518, daß Weiß weiter für sich anführt und das auch das R.G. häufig als Beweis für die langgeübte reichsgerichtliche Praxis anzieht, sagt eigentlich das gerade Gegenteil von der obenbesprochenen Ansicht des R.G. Denn wenn danach der Betrogene „Anspruch darauf hat, so gestellt zu werden, wie er stehen würde, wenn ihm die Wahrheit mitgeteilt worden wäre“, so ist das doch ganz etwas anderes, als wenn er so zu stellen wäre, wie wenn die zugesicherten Tatsachen auf Wahrheit beruhten. Dieses Urteil spricht vielmehr gerade für die oben von uns vertretene Auffassung. (Vgl. daher unter Literatur oben S. 17 f Anm. 3). — R.G. in J.W. 02, Beil. S. 239 schließlich beschäftigt sich mit der Frage der Auslegung des § 249 nur im Hinblick auf den § 463, kann also hier schon deswegen nicht herangezogen werden.

Täuschung keine Vertragsverletzung ist, das positive Interesse gewähren.[1]) Hält man das mit der Tatsache zusammen, daß sich R.G. 59, 155 ff. ausdrücklich auf S. 158 auf R.G. in J.W. 1905, 76 f. (7. Dezember 1904, V. Sen.) für seine Ansicht bezieht und daß auch die anderen oben erwähnten Entscheidungen des R.G. und der ihm folgenden O.L.G. ganz allgemein für den Fall der Nichtanfechtung das Erfüllungsinteresse als die Wirkung des Ersatzanspruches betrachten, so ist es wohl berechtigt zu sagen: Das R.G. hat in jahrelanger Praxis daran festgehalten, daß der Getäuschte, der das schädigende Rechtsgeschäft anficht, mit dem Ersatzanspruche nur das negative, sonst aber immer das Erfüllungsinteresse fordern kann. Dieser Ansicht hat sich denn auch, sichtlich unter dem Einflusse der Rechtsprechung, eine große Anzahl von Schriftstellern anangeschlossen.[2])

---

[1]) Z. B. R.G. 63, 110 ff.; R.G. in J.W. 05, 76 f.; O.L.G. Jena, R. 11, Nr. 1863. Vgl. auch Matthiessen J.W. 08, 60 ff., passim, der ausdrücklich im Anschluß an die Rechtsprechung des R.G. für den Fall der nicht vertragswidrigen Täuschung — es handelt sich da nur um vorgespiegelte Eigenschaften — das positive Interesse als Inhalt des Ersatzanspruchs ansieht.

[2]) Reichsgerichtsräte (Kiehl), § 123, 5. (A. A. Reichsgerichtsräte [Schaffeld], Vorb. 4 e zu §§ 823 ff.); Fischer-Henle, § 123, 6; Staudinger-Riezler, 3./4. Aufl., § 123, VI. (Im Gegensatz zu St.R., 5./6. Aufl.) Staudinger-Engelmann, 3./4. Aufl., Vorb. III a zu §§ 123 ff. (Im Gegensatz zu St.E., 5./6. Aufl.) Staudinger-Kuhlenbeck, 5./6. Aufl. § 249, 4; Biermann I, 255 ff.; Dernburg, 1./2. Aufl., I, § 146, VIII. (Im Gegensatz zur 3. Aufl.) Auch Mathiessen J.W. 08, 60 ff.; neuerdings namentlich Cohn in J.W. 11, 137 ff., und Hagen in J.W. 11, 348 ff.

Es ist unverständlich, wie Riezler, der im allgemeinen der erwähnten Ansicht ist, annehmen kann, daß der Ersatzanspruch, wenn die Anfechtung nicht mehr möglich ist, die Aufhebung des Geschäfts bewirken kann (ähnlich auch Oertmann I, § 124, 4, der freilich nur für den Fall der Täuschung als Vertragsverletzung das positive Interesse fordert). Der Fall, wo das Geschäft wegen Fristversäumnis nicht mehr anzufechten ist, muß doch zweifellos dem gleichgestellt werden, wo der Getäuschte nicht anfechten will. Ist aber in letzterem Falle — und dafür plädiert Riezler ja gerade — der Ersatzanspruch auf das Erfüllungsinteresse gerichtet, wie soll er

Nachdem aber die Rechtsprechung des R.G. von Werner,[1]) O.L.G. Marienwerder,[2]) Kipp,[3]) Lenel,[4]) und Westrum[5]) scharf angegriffen worden ist, hat das R.G. eine Schwenkung vollzogen, die sich zuerst in J.W. 1907, 670[6]) zeigt und bis jetzt anhält.[7])

Das R.G. will nämlich den Anspruch auf das positive Interesse in dem der Rechtsprechung am häufigsten unterliegenden Falle, wo Eigenschaften der Kaufsache beim Vertragsabschlusse zwar vorgespiegelt, aber nicht „vertragsmäßig" zugesichert sind, wo also der § 463 eigentlich versagt, dennoch gewähren, indem es diese Vorschrift wegen Gleichheit des Rechtsgrunds analog anwendet.[8]) — Es hat also die Begründung seiner Ansicht aus

---

dann dort die Aufhebung des Geschäfts, also das negative Interesse, zur Folge haben können?

In noch schärferen Widerspruch zu sich selbst setzt sich aber m. E. Engelmann (vgl übrigens ähnlich Staudinger-Kuhlenbeck, 5/6. Aufl., § 249, 4): Nach ihm geht die Ersatzklage zunächst auf „Wiederaufhebung der Rechtswirkungen der Willenserklärung (§ 249) und Ersatz des sonstigen Schaden", was namentlich wegen der Präklusivfrist des Anfechtungsrechts Bedeutung habe. Ein paar Zeilen weiter jedoch gibt er auf den Ersatzanspruch das positive Interesse: „Für den Schadensersatz sind in diesem Falle (nämlich: wenn der Getäuschte Schadensersatz gemäß den §§ 823 ff. verlangt), die vertragsmäßigen Festsetzungen, soweit sie nicht durch den Betrug betroffen werden, maßgebend," und hier soll nun nach Ablauf der Ausschlußfrist des § 124 mit dem Schadensersatzanspruche nicht „Aufhebung des Rechtsgeschäfts und Rückgängigmachung seiner Rechtswirkungen" verlangt werden können.

[1]) R. 05, 303 ff.

[2]) Rechtspr. der O.L.G. 12, 12 f.

[3]) Kipp-Windscheid I, § 78, Zus. 5.

[4]) D.J.Z. 07, 455.

[5]) J.W. 07, 39 f.

[6]) Dasselbe Urteil in R.G. 66, 335 ff.

[7]) Vgl. R.G. in Warneyer Rechtspr. 09, Nr. 179; J.W. 09, 309; Warneyer, Rechtspr. 10, Nr. 313; J.W. 10, 934; 11, 213; 11, 486; R. 11, Nr. 2431; 11, Nr. 3804; 12, Nr. 580; J.W. 12, 137 f.; 12, 237, Nr. 4. Im Anschluß an das R.G. haben übrigens auch Staudinger-Riezler und Staudinger-Engelmann, 5./6. Aufl., ihre Meinung geändert; vgl. S. 25 f, Anm. 2. Literatur.

[8]) Hatte sich das R.G. einmal auf die schiefe Ebene der „analogen Anwendung" begeben, so konnte es nicht wundernehmen, daß als-

§ 249 fallen lassen und damit zugegeben, daß aus den § 823 ff. mit § 249 als Folge des Schadensersatzrechts nur das negative Interesse herausinterpretiert werden kann.

Was die von R.G. 59, 155 ff. inaugurierte Praxis und die ihr folgende Anschauung in der Theorie anlangt, so ergibt sich ihre Unhaltbarkeit schon aus den obigen Ausführungen.[1])

Es kann aus § 249 nicht gefolgert werden, daß der Betrogene so zu stellen ist, wie wenn das Vorgetäuschte wahr wäre, z. B. das verkaufte Haus die arglistig zugesicherten Mietserträge wirklich lieferte. Denn der zum Ersatze verpflichtende Umstand des § 249 ist, wie oben dargelegt, nicht das Anderssein der Wirklichkeit, als vorgespiegelt wurde, nicht die objektive Unwahrheit der betrügerischen Behauptung, das Nichtvorhandensein der zugesicherten Eigenschaften, das Behaftetsein der Sache mit einem arglistig verschwiegenen Fehler, sondern eben nur die Täuschungshandlung. Wenn diese aber nicht eingetreten wäre, so wäre entweder das Geschäft überhaupt nicht oder doch nicht unter derartigen Bedingungen eingegangen worden, nicht aber würden die vorgespiegelten Tatsachen wahr sein.[2])

---

bald Bestrebungen auftauchten, den § 463 immer weiter „sinngemäß" auszulegen (vgl. die Revisionsbegründung des Urteils in J.W. 09, 309). Man meinte, wenn das R.G. den § 463 auf den Fall rechtsähnlich anwendete, wo Eigenschaften nur vorgespiegelt, aber nicht zugesichert waren, so führe die Gleichheit des Rechtsgrunds dazu, jener Vorschrift auch den Fall der arglistigen Vorspiegelung anderer, eine Eigenschaft der Kaufsache nicht darstellender, aber doch gleich zu behandelnder Umstände, z. B. des Selbstkostenpreises zu unterstellen. Demgegenüber hat sich das R.G. dann veranlaßt gesehen, die analoge Ausdehnung des § 463 auf den Fall der Vorspiegelung von Eigenschaften der Kaufsache zu beschränken, in allen anderen Fällen dagegen den § 249 in Anwendung zu bringen und demgemäß nur das negative Interesse zu gewähren (R.G. in J.W. 09, 309; 10, 934; 11, 213; 11, 486).

[1]) Vgl. Werner, O.L.G. Marienwerder, Kipp-Windscheid, Lenel, Westrum, Mannheimer a. a. O.

[2]) Die Entscheidung R.G. 59, 155 ff. ist übrigens im Ergebnisse richtig, da es sich in jenem Fall um einen Mangel im Recht handelte und der Verkäufer bei solchen Mängeln auch ohne Arglist auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung haftet (§ 434 und 440 mit § 325, 26). Vgl. Kipp-Windscheid a. a. O.

Dazu kommt noch, ich möchte sagen, negativ die Tatsache, daß in zahlreichen Fällen der Zustand, der bestehen würde, wenn das Vorgetäuschte auf Wahrheit beruhte, kaum zu bestimmen ist und der Umfang des Ersatzes ungewiß bleiben muß. Es gibt Fälle, wo es schlechterdings nicht festzustellen ist, wie der Getäuschte nun stehen würde, wenn das Vorgespiegelte wahr wäre, oder anders ausgedrückt: Wenn das Reichsgericht und die übrigen Gegner meinen, es sollten die jeweiligen „vertragsmäßigen Festsetzungen maßgebend" bleiben, „soweit sie nicht durch den Betrug betroffen werden", so fragt es sich häufig, wie weit jene Vertragsbedingungen nun durch den Betrug getroffen werden und wie weit nicht.

Darauf weist Cohn, allerdings unfreiwillig, bei der Kritik der Entscheidung des Reichsgerichts in J.W. 10, 934 mit Recht hin. Dort hatte der Verkäufer dem Käufer gesagt, er verkaufe ihm das Grundstück für den Selbstkostenpreis von 225000 ℳ. In Wirklichkeit betrug der Selbstkostenpreis nur 175000 ℳ. In welcher Höhe ist hier der Schadenersatz zu leisten? — — Der Käufer ist nach Cohn und der Ansicht von R.G. 59, 155 ff. so zu stellen, wie wenn das Gut von dem Verkäufer seinerseits für 175000 ℳ gekauft worden wäre. Wie stünde er dann aber? Hätte er das Gut dann für 175000 ℳ erstanden[1]? Die Feststellungen des Berufungsgerichts enthalten nichts darüber, ob er damals die Absicht hatte, das Gut nur zum Selbstkostenpreise zu kaufen.

Vielleicht hätte er dann dem Verkäufer auch 200000 ℳ gegeben, weil er ihm bei jenem geringeren Preis einen Gewinn zukommen lassen wollte! Oder er hätte womöglich das Gut dann überhaupt nicht erworben?

Nach allen diesen Richtungen hin wären Feststellungen geboten. Wie wäre es aber, wenn man nun feststellte, daß der Käufer auf den Ankauf überhaupt verzichtet hätte? Wie gestaltete sich dann das Erfüllungsinteresse?

Oder nehmen wir den oben erwähnten Fall, daß jemand ein Grundstück im wahren Werte von 200 ℳ für 2000 ℳ

[1] So R.G. in J.W. 10, 934.

verkauft hat unter der Versicherung, es sei dort Braunkohle gefunden und der Abbau nur aus Mangel an Betriebsmitteln eingestellt worden. Da das Grundstück von dem Verkäufer nicht braunkohlhaltig gemacht werden kann, so ist nach § 251 Gelderſatz zu leisten. Der Käufer soll nun nach der gegnerischen Ansicht so gestellt werden, wie wenn das Grundstück Braunkohle hätte. Wäre das aber der Fall, dann würde das Grundstück vielleicht nicht 2000 ℳ, sondern 20000 ℳ wert sein. Auf einen derartigen Gewinn aber war womöglich die doch durchaus berechtigte Spekulation des Käufers gerichtet. Soll nun ein Betrag von 19800 ℳ ersetzt werden? Oder sollen auf den Ersatzanspruch hin nur 1800 ℳ geleistet bezw. der Kaufpreis auf 200 ℳ gemindert werden?

Allen solchen Schwierigkeiten entgeht man, wenn man das Erfüllungsinteresse nur im Falle des dolus incidens gewährt. Denn dann gibt es ein Recht auf dieses positive Interesse lediglich in solchen Fällen, wo es feststeht, daß der Getäuschte das Geschäft auch ohne den Betrug, aber unter Abänderung gewisser Geschäftsbedingungen abgeschlossen hätte. Darin liegt zugleich, daß auch stets feststeht, welche Abänderungen der Vertragsnormen er dann verlangt hätte. Hier ist also die Frage, wie weit die Geschäftsbedingungen durch den Betrug betroffen werden, immer sofort zu beantworten.

Zum Beweise diene das oben S. 19 erwähnte Beispiel, wo der Käufer dem Verkäufer, wie er ausdrücklich betonte, nur den Feuerkassenwert des betreffenden Hauses zahlen wollte und dieser ihm einen höheren Betrag als solchen angab. Hier ist der Käufer durch die arglistige Täuschung veranlaßt worden, einen höheren Kaufpreis als den Feuerkassenwert zu erlegen. Er kann mithin als Ersatz die Differenz zwischen beiden verlangen.

Oder ein anderes Beispiel.[1] Ein Grundstückspekulant verkauft jemanden ein Villenterrain unter der Angabe, es seien keine weiteren Abgaben usw. zu zahlen. Als der Käufer zu bauen anfangen will, stellt sich heraus, daß die Erteilung der Bauerlaubnis von der Zahlung einer Straßenregulierungsabgabe

[1]) Vgl. Hagen in J.W. 11, 348 ff.

von 5000 ℳ abhängig ist. Hier hätte der Käufer das Grundstück zweifellos auch dann abgenommen, wenn er von der wahren Sachlage Kenntnis gehabt hätte. Denn wenn er sich gerade diese Villenparzelle zum Bau eines Hauses ausgesucht hat, so wird sie für ihn bestimmte Vorzüge gehabt haben, die er sicherlich nicht ohne weiteres aufgeben würde. Freilich würde er auch wohl nur den Kaufpreis dafür aufgewendet haben. Es ist ihm mithin nach § 249 der Betrag der Abgabe zu ersetzen bezw. der Kaufpreis um diesen Betrag zu mindern. —

Die gegnerische Ansicht wird also weder den Regeln der Logik noch den Anforderungen des praktischen Lebens gerecht.

Daher sind denn auch die vom Reichsgericht selbst sowie von seinen Verteidigern geltend gemachten Gründe für die eigene und Bedenken gegen die von uns verfochtene Meinung hinfällig.

Es ist zunächst verfehlt, wenn das Reichsgericht sich in R.G. 59, 155 ff. für seine Ansicht auf Planck[1]) und auf Schollmeyer[2]) beruft.

Planck und Schollmeyer geben in ihren Anmerkungen zu § 249 selbstverständlich nur allgemeine Ausführungen über den Inhalt dieser Bestimmung, die an sich noch gar nichts über die Auslegung der Vorschrift im konkreten Falle besagen wollen und können. Man wird doch nicht etwa folgende allgemeine Worte Plancks für die Ansicht des Reichsgerichts verwerten können: „Dem Gläubiger ist . . . sowohl der unmittelbare als auch der mittelbare Schaden einschließlich des entgangenen Gewinns, also das gesamte Interesse zu ersetzen; denn nur hierdurch wird er wieder in dieselbe Lage versetzt, in welcher er ohne den zum Ersatze verpflichtenden Umstand gewesen wäre?"

Ebensowenig kann die Bemerkung Schollmeyers in dem vom Reichsgericht gewollten Sinne verstanden werden: „Der Beschädiger . . . hat vor allem den Zustand zu beseitigen, welcher infolge des schädigenden Ereignisses eingetreten ist . . ." Der Ersatzpflichtige hat „auch denjenigen Zustaud herbeizuführen, dessen Eintritt durch das schädigende Ereignis verhindert wurde". . .

[1]) Komm. § 249, 2a und § 179, 2 (Planck).

[2]) § 249, 2.

Planck § 179, 2 freilich befürwortet eine Auslegung des § 249 im Sinne des Reichsgerichts. „Es fragt sich . . ., ob unter dem Zustande, welcher nach § 249 herzustellen ist, nicht derjenige Zustand verstanden werden muß, welcher durch den Vertrag bezweckt und dessen Folge gewesen wäre.“ „. . . die Frage, ob § 249 in diesem Sinne zu verstehen ist, erscheint zweifelhaft, dürfte aber nach dem Zwecke der fraglichen Vorschrift zu bejahen sein.“ — Die Tatsache aber, daß Planck, der Herausgeber selbst, an den zwei anderen, oben S. 17, Anm. 2 zitierten Stellen seines Kommentars gerade den entgegengesetzten Standpunkt vertritt, zeigt zur Genüge, daß jene Auslegung des § 249 nur mit Rücksicht auf die Besonderheiten des § 179 aufgestellt ist und eine allgemeine Geltung nicht beanspruchen soll. Und tatsächlich rechtfertigen die besonderen, dem § 179 zugrunde liegenden Verhältnisse eine Interpretation des § 249 im Sinne des Erfüllungsinteresses. Denn der zum Ersatze verpflichtende Umstand ist hier „nicht das Handeln des Vertreters überhaupt, sondern das Handeln ohne Vertretungsmacht. Hätte »der Vertreter« aber Vertretungsmacht gehabt, dann hätte der Ersatzberechtigte eben mit dem Vertretenen einen gültigen Vertrag geschlossen.“[1])

Demnach versagt auch die Berufung auf Planck, § 179, 2.

Erörtern wir nun die Gründe, die das Reichsgericht und die übrigen Gegner selbst für ihre Meinung anführen.

Der Gedanke, der das Reichsgericht bei Aufstellung seiner Ansicht leitete, war folgender: „Die Annahme des Berufungsgerichts“ — das nur das negative Interesse gewähren wollte —“ würde zu einer Bevorzugung des widerrechtlich Handelnden führen, denn danach würde z. B. der Verkäufer, der das Vorhandensein einer Eigenschaft im guten Glauben versichert hat, beim Fehlen dieser Eigenschaft sich nach § 462 B.G.B. die Minderung des Kaufpreises gefallen lassen müssen, während der arglistig täuschende Verkäufer sich nur auf Aufhebung des Vertrags einzulassen brauchte.“[2])

---

[1]) H. A. Fischer, Der Schaden usw., S. 126.

[2]) R.G. in J.W. 05, 76 f.

Hierin ist zunächst unrichtig, daß der arglistig täuschende Verkäufer sich beim Schadensersatzanspruch immer nur auf Aufhebung des Vertrages einzulassen braucht. Der Getäuschte kann mit dem Ersatzanspruche, wie erwähnt, ebensogut auch Abänderung der Vertragsbedingungen, der Käufer also besonders Minderung des Kaufpreises verlangen, wenn er nämlich beweist, daß er bei Kenntnis der Sachlage unter verständiger Würdigung des Falles den Vertrag zwar abgeschlossen, aber unter anderen Bedingungen abgeschlossen hätte.

Sodann ist jedoch in jener Begründung des Reichsgerichts der Unterschied zwischen Vertragsklage (§ 462) und außervertraglichem Schadensersatzanspruch (§ 823 ff.) übersehen. Man kann nicht den Vertragsanspruch und den aus unerlaubter Handlung entspringenden Schadensersatzanspruch zueinander in Parallele setzen und den Inhalt des Ersatzanspruchs mit Rücksicht auf die Vertragsklage bestimmen wollen.

Wenn übrigens im vorliegenden Falle Schadensersatzanspruch und Vertragsklage in ihren selbständig und unabhängig voneinander festzustellenden Wirkungen ein unbilliges Ergebnis zeitigen, so liegt das nicht an dem Schadensersatzanspruche, sondern vielmehr an der vom B.G.B. so gestalteten Vertragsklage. Das B.G.B. macht eben — wenn wir von § 460 Satz 2 absehen — bei der Gewährung der ädilizischen Rechtsbehelfe im Gegensatz zur actio empti des § 463 keinen Unterschied, ob der Verkäufer die Eigenschaften der Kaufsache arglistig oder gutgläubig zugesichert bezw. deren Fehler arglistig oder gutgläubig verschwiegen hat. Das Gesetz stuft die Wirkung von Mängeln der im § 459 Abs. 1 bezeichneten Art bezw. des Fehlens der vom Verkäufer zugesicherten Eigenschaften nicht nach der Redlichkeit und Unredlichkeit des Verkäufers ab (§ 462). Es gewährt auch dann, wenn der Verkäufer das Vorhandensein einer Eigenschaft im guten Glauben versichert hat oder wenn er einen Fehler der Sache nicht gekannt hat, dem Käufer das Recht auf Wandlung oder Minderung; es stellt also in § 462 den gutgläubigen Verkäufer dem widerrechtlich handelnden bei der Vertragsklage völlig gleich. — Und diese Bestimmung rechtfertigt sich vollauf durch den den § 459 ff. zugrunde liegenden Rechts-

gedanken: Der Käufer soll sich eben unter allen Umständen darauf verlassen können, daß er die Kaufsache ohne die im § 459 Abs. 1 angegebenen Fehler und mit den vom Verkäufer zugesicherten Eigenschaften bekommt. Denn für die Einführung der §§ 459, 460, 462 war die Sicherheit des Verkehrs der maßgebende Gesichtspunkt. — Aber andererseits auch nur für diese Vorschriften, nicht für den § 823 ff. Wenn das Gesetz dort auch den gutgläubigen Verkäufer dem arglistigen gleichstellt, so kann das auf den Inhalt des Schadensersatzanspruchs aus unerlaubter Handlung, welchem doch eine ganz andere ratio innewohnt, keinen Einfluß ausüben.

Ähnlich ist das Bedenken zu beurteilen, daß das Reichsgericht in R.G. 63, 110 ff.[1]) gegen die von uns vertretene Ansicht geltend macht. Es weist dort darauf hin, daß im § 463 auf das arglistige Verschweigen eines Fehlers die Rechtsfolge des Ersatzanspruchs wegen Nichterfüllung, also des Ersatzes des positiven Interesses, gesetzt sei und daß der positive Eigenschaften vorspiegelnde Verkäufer doch nicht schlechter gestellt sein könne, als der arglistig Fehler verschweigende.

Es ist dem gleichfalls entgegenzuhalten, daß § 463 eben eine positive, auf der besonderen Natur der Gewährleistungsvorschriften beruhende Bestimmung ist, die mit dem Inhalte des Ersatzanspruchs aus unerlaubter Handlung nichts zu tun hat.[2])

Beide Einwände des Reichsgerichts zeigen jedoch, daß der innerste Grund für die gegnerische Ansicht das Rechtsgefühl ist. Und damit erhält die ganze Frage eine prinzipielle Bedeutung. Nimmt man aber an, daß die Rechtsordnung nicht nur die Gerechtigkeit, sondern ebenso den wirtschaftlichen Verkehr — dem Verkehrsinteresse verdanken ja die Vorschriften der §§ 459 ff., 463 ihr Dasein — zu berücksichtigen hat, so wird

---

[1]) Dasselbe Urteil in J.W. 06, 330 ff.; D.J.Z. 06, 455.

[2]) Das R.G. hat ja denn später auch, wie erwähnt, diese Argumentation für die Auslegung des § 249 aufgegeben und sie für die analoge Ausdehnung des § 463 Satz 2 auf den Fall der arglistigen Vorspiegelung von nichtzugesicherten Eigenschaften verwandt (J.W. 07, 670 usw.).

man sich in diesem Falle gegen das Reichsgericht entscheiden müssen.

Aber noch ein anderes geht aus jener Begründung der reichsgerichtlichen Ansicht hervor.

Wenn das Reichsgericht dort für eine möglichst weite Ausdehnung der Vorschriften der §§ 459 ff. eintritt, so ist das zum guten Teile durch seine eigene Schuld geboten; denn gerade das Reichsgericht hat sich ja bemüht, den Begriff der „vertragsmäßig zugesicherten Eigenschaften“ einzuschränken, indem es z. B. verlangt, daß eine vertragliche Zusicherung auf die Gegenwart zur Zeit des Gefahrüberganges oder auf die Vergangenheit abgestellt sein müsse,[1]) daß eine vertragliche Zusicherung nur vorliege, wenn sie vom Käufer gefordert und vom Verkäufer erteilt worden sei, daß der Formzwang des § 313 sich nicht etwa bloß auf den auf Eigentumsübertragung gerichteten Bestandteil des Vertrages bezöge, sondern auf alle Vereinbarungen, also auch auf Zusicherung von Eigenschaften. — Die Beseitigung dieser Beschränkungen aber wäre der richtige Weg, der Gerechtigkeit in unserer Frage Geltung zu verschaffen.[2])

Nicht weniger fehl geht ein Argument Matthiessens,[3]) das auch sonst gebraucht wird.[4]) Da der Getäuschte die freie Wahl zwischen Anfechtung und Ersatzanspruch habe, meint er, so käme es, wenn er nicht anfechte, sondern beim Vertrage stehen bliebe, eben nicht mehr darauf an, was geschehen wäre, wenn die Täuschung nicht erfolgt wäre; es bliebe doch die Tatsache bestehen, daß infolge der Täuschung der Vertrag bezw. das Geschäft nun einmal geschlossen sei. Daher dürfe mit dem Ersatzanspruche nicht die Aufhebung des Geschäfts, sondern nur das Interesse an dessen Erfüllung gefordert werden.

Matthiessen scheint also anzunehmen, daß in der Geltendmachung des Ersatzanspruchs wegen Täuschung immer ein Verzicht auf das Anfechtungsrecht und damit eine Bestätigung

[1]) R.G. 52, 2 ff; R.G. in Gruchot 51, 937 ff.

[2]) Vgl. Matthiessen a. a O., auch Westrum und Manheimer a. a. O.

[3]) a. a. O. 60 ff.

[4]) Z. B. R.G. in J.W. 05, 76 f.

des anfechtbaren Geschäfts gelegen ist. Das ist aber sichtlich eine petitio principii. Der ganze Gedankengang ist schon mit Rücksicht auf die erst zu beweisenden Wirkungen beider Rechtsbehelfe, und zwar auf die von ihm befürworteten Wirkungen, aufgestellt.[1]) Denn nur wenn man eben auf den Ersatzanspruch das Erfüllungsinteresse geben will, kann man in der Durchführung dieses Anspruchs einen Verzicht auf die Anfechtung erblicken.

Schließlich verdienen auch noch zwei neue Beiträge zu unserer Frage Beachtung, die Aufsätze von Cohn und Hagen in J.W. von 1911, 137 ff. und 348 f. Beide knüpfen an Urteile des Reichsgerichts, welche der jetzigen Rechtspraxis entsprechen, an, bekämpfen sie und befürworten die frühere Ansicht des Reichsgerichts und der sonstigen oberstrichterlichen Rechtsprechung.

Cohn allein geht auf den Kern des Problems, auf die Frage der Anwendbarkeit und Anwendung des § 249, ein. Seine ganzen Ausführungen durchzieht der Grundsatz, der freilich zunächst nur in der Anm. 1 zu S. 138 f. ausgesprochen, aber später im Texte wieder aufgenommen wird, daß § 249 nichts über den Umfang des Schadensersatzes besage, daß sich die Art und Höhe des Interesses nicht nach § 249 bestimme. Der Umfang des Schadensersatzes bemesse sich vielmehr nach dem den Schadensersatzanspruch im konkreten Falle bedingenden Sachverhalte, nach dem Grunde seiner Entstehung.

Seine Darlegungen kommen also im Grunde auf den alten, oben zurückgewiesenen Irrtum Weinbergs hinaus (S. 18 f.). Der § 249 regelt, wie oben ausgeführt, nicht nur die Art und Weise des Schadensersatzes, sondern bestimmt auch seinen Umfang,

---

[1]) Davon sind übrigens auch Vertreter der von uns verfochtenen Ansicht nicht freizusprechen. Motive II, 756 und Planck (Planck) Vorb. 5 zu §§ 823 ff. tun dasselbe und kommen natürlich an der Hand ihrer Meinung gerade zum umgekehrten Ergebnisse wie Matthiessen: Nach ihnen ist in der Geltendmachung des Schadensersatzrechts, das auf „Wiederherstellung des früheren Zustandes“ geht, regelmäßig gleichzeitig eine Anfechtungserklärung und in dem Verzicht auf die Anfechtung auch ein Verzicht auf den Herstellungsanspruch zu finden.

seinen Inhalt. Denn er bringt das allem Schadensersatze zugrunde liegende Prinzip zum Ausdruck, daß die jetzige Lage des Verletzten mit demjenigen Zustande zu vergleichen ist, welcher bestehen würde, wenn das zum Ersatze verpflichtende Ereignis nicht eingetreten wäre.

Das scheint auch Cohn einzusehen; denn schließlich legt er der Bestimmung des Umfangs des Ersatzes beim Betruge doch den § 249, das Restitutionsprinzip, zugrunde, um daraus einen neuen Beweis für das positive Interesse als Wirkung des Ersatzrechts zu entnehmen. Zwar wiederholt er vorher noch einmal: „Der Grund der Entstehung (des Schadensersatzanspruchs) bedingt aber den Umfang des Ersatzes", fährt dann aber — ganz im Sinne von R.G. 59, 155 ff. usw. — fort: „Für den Fall des Betrugs als den Grund läßt sich die negative Ausdrucksweise des Gesetzes (welcher Vorschrift des Gesetzes? doch wohl des § 249!) in eine positive Form bringen: Der Betrüger muß sich so behandeln lassen, als ob das, was er arglistig vorgespiegelt hat, auf Wahrheit beruhte. Nur dann wird der Betrüger dem Restitutionsprinzipe gerecht."

Auch diese Argumentation ist nichts Neues. Es ist der alte logische Fehler des Reichsgerichts, den es in seiner jetzigen Rechtsprechung ausgemerzt hat. Die „positive Form" für den „Zustand, der bestehen würde, wenn die arglistige Täuschung nicht eingetreten wäre" ist eben nicht — das ist ja ausführlich erörtert — der „Zustand, der bestehen würde, wenn das Vorgetäuschte wahr wäre".

Neu sind eigentlich nur die Bedenken, die Cohn in der Anm. 1 zu S. 138 f. äußert. Er bekämpft dort die Entscheidung des Reichsgerichts R.G. 66, 335 ff.[1]), worin nach seiner Ansicht § 463 in einen zu schroffen Gegensatz zu § 249 gebracht ist, weil bei ersterem doch das positive, bei letzterem vom Reichsgericht aber nur das negative Interesse gegeben sei. § 249 behandele weder den dem Erfüllungsinteresse noch den dem negativen Vertragsinteresse zugrunde liegenden Schadensersatz. Er gelte für Schuldverhältnisse wie für unerlaubte

[1]) Dasselbe Urteil in J.W. 07, 670.

Handlungen. Der Verletzte könne nach § 249 stets das volle Interesse fordern.

Es ist Cohn unbedenklich zuzugeben, daß § 249 an sich gar nichts mit dem positiven und negativen Geschäftsinteresse zu tun hat. Das hindert jedoch nicht, daß diese Vorschrift im einzelnen Falle wegen des konkreten Sachverhalts zur Entscheidung über diese Frage berufen sein kann. So ist es aber gerade bei dem Gegenstand unserer Erörterung.

Ebensowenig ist zu bestreiten, daß § 249 auch für den Schadensersatz aus § 463 gilt. Auch der Ersatzanspruch wegen Nichterfüllung nach § 463 hat die Folge, daß der Zustand herzustellen ist, der bestehen würde, wenn der zum Ersatze verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Dieser Umstand ist aber für den Anspruch wegen Nichterfüllung aus § 463 ein ganz anderer als für den Ersatzanspruch aus unerlaubter Handlung. Dort ist das zum Ersatze verpflichtende Ereignis nicht die unerlaubte Handlung der arglistigen Täuschung, sondern die Nicht- oder nichtgehörige -erfüllung des Kaufvertrags, das Ausbleiben der aus dem Vertrage geschuldeten Leistung einer fehlerfreien und mit den zugesicherten Eigenschaften behafteten Sache.[1]) Wäre aber die Nicht- oder nichtgehörige -erfüllung des Kaufvertrags nicht eingetreten, so wäre der Vertrag eben gehörig erfüllt worden. Der Verletzte ist also nach § 463 mit § 249 in die Lage zu versetzen, als ob der Vertrag gehörig erfüllt wäre, d. h. als ob das Vorgetäuschte wahr wäre. — In unserem Fall — und so auch im Falle R.G. 66, 335 ff. — handelt es sich dagegen um den Schadensersatz aus unerlaubter Handlung. Wendet man darauf aber den § 249 an, so kommt man zu dem oben vertretenen Ergebnis des negativen Interesses.

Wenn Cohn endlich noch darauf hinweist, daß die Kaufpreisminderung mit dem Schadensersatzanspruche nichts zu tun habe, so kann auch dem nicht zugestimmt werden. Hat man freilich — und das tut Cohn offenbar — als Inhalt des „negativen Interesses" nur die Aufhebung des fraglichen Geschäfts und den Ersatz des dadurch noch nicht gedeckten Schadens

[1]) Vgl. H. A. Fischer a. a. O., S. 190.

im Auge, dann hat die Kaufpreisminderung wirklich nichts mit dem Schadensersatzanspruche zu schaffen. Es gibt jedoch, wie gesagt, Fälle — und daß der seiner Entscheidung unterliegende Fall ein solcher ist, scheint das Reichsgericht in R.G. 66, 335 ff. richtig zu fühlen —, wo der Verletzte, wenn er nicht getäuscht worden wäre, nicht gleich auf das Geschäft überhaupt verzichtet hätte, sondern unter veränderten Bedingungen beim Geschäfte verharrt hätte. War das Geschäft nun ein Kaufvertrag, so wird die zu ändernde Bedingung in einem solchen Falle regelmäßig der Kaufpreis sein. Im Falle eines Kaufvertrages darf die Kaufpreisminderung also unter Umständen sehr wohl als Schadensersatz nach § 249 betrachtet werden.

Prüfen wir das an dem Beispiele, mit dem Cohn zeigen will, daß die Kaufpreisherabsetzung nichts mit dem Schadensersatze zu tun hat, und nehmen wir es so, daß nach der von uns vertretenen Ansicht lediglich Abänderung der Vertragsbestimmungen mit dem Ersatzanspruche verlangt werden dürfte.

Wert eines Hauses ohne Hausschwamm 200 000 ℳ, mit dem arglistig verschwiegenen Schwamm 100 000 ℳ; Kaufpreis 300 000 ℳ. Käufer, ein wohlhabender Mann, hat zu einem Bekannten, wie festgestellt wird, vor Vertragsabschluß geäußert, er zahle gern etwas mehr für das Haus, das ja gut imstande zu sein scheine, weil er darin geboren wäre und es nicht in die Hände seines Nachbarn übergehen lassen möchte. In einem solchen Falle wäre der Käufer offenbar auch bei Kenntnis des Mangels beim Vertrage stehen geblieben, hätte aber natürlich Minderung des Kaufpreises verlangt. Es fragt sich, in welchem Betrage dieser herabzusetzen ist.

Cohn meint, § 249 ergäbe darüber nichts. Es sei gänzlich unklar, ob sich der Käufer nun 150 000 ℳ oder nur 100 000 ℳ abziehen könnte. Einige Spalten weiter aber nimmt Cohn selbst den aus § 249 hergeleiteten Satz, daß der Betrüger sich so behandeln lassen müsse, wie wenn das Vorgetäuschte wahr wäre, zur Grundlage einer Schadensberechnung. Es ist das unten S. 48 erwähnte Beispiel. Verwenden wir also diesen — im vorliegenden Fall auch von uns für richtig erkannten — Berechnungsmodus, so befinden wir uns Cohn gegenüber in einer

unanfechtbaren Stellung. Nach dieser Berechnungsart würde sich das obige Beispiel so stellen.

Der vom Käufer beim Vertragsschluß in Berechnung gezogene Verlust von 100 000 ℳ — soweit bleibt der wirkliche Wert des Grundstücks in mangelfreiem Zustande hinter dem Kaufpreise zurück — wird durch die Täuschung nicht berührt. Der Käufer ist durch den Betrug nur insofern schlechter gestellt, als er für 300 000 ℳ nicht einen Gegenstand im Werte von 200 000, sondern einen solchen im Werte von nur 100 000 ℳ erhalten hat. Der Schaden, den er infolge der Täuschung erlitten hat, ist also ein Betrag von 100 000 ℳ. Wenn diese Summe von dem Kaufpreis abgezogen wird, so hat er nur 200 000 ℳ zu zahlen. — Man sieht, die Schadensberechnung vollzieht sich sehr einfach und glatt.

Ebenso leicht widerlegen sich die von Hagen erhobenen Einwendungen.

Geht Cohn wenigstens auf die prinzipielle Frage ein, so beschränkt Hagen seine Ausführungen auf zwei Beispiele, an denen er die Unzulänglichkeit der von uns vertretenen Auffassung dartun will, und einige Schlagworte wie „Anforderungen des praktischen Lebens“, „Bedürfnisse des praktischen Lebens“, das „Recht der Gegenwart“ im Gegensatze zu dem „zu Buchstaben gefrorenen Gesetzeswort“. Da die beiden von ihm angeführten Beispiele, wie er richtig bemerkt, ungemein häufig, ja im gewissen Sinne typisch sind, können wir uns nicht versagen, auf sie näher einzugehen.

Das erste ist schon oben erwähnt. Ein Grundstückspekulant hat eine Villenparzelle unter der Zusicherung veräußert, daß keinerlei Pflasterkosten und sonstige Abgaben dieser Art mehr in Frage kämen. Als der Käufer mit dem Bau der Villa beginnen will, ergibt sich, daß die Bauerlaubnis nur gegen Zahlung einer erheblichen Straßenregulierungsabgabe erteilt wird.

Das zweite Beispiel ist folgendes: Der Gläubiger einer notleidenden Hypothek veräußert sie mit dem vereinbarten Damno unter der Zusicherung, daß Zinsen der vorstehenden Hypotheken

nicht rückständig seien; bei der Zwangsversteigerung erfährt der Käufer, daß diese Zinsen zwar bezahlt sind, aber von einem Dritten, der auf Grund einer Zession des vorstehenden Hypothekengläubigers sie nun liquidiert und damit den auf die veräußerte Hypothek entfallenden Teil des Versteigerungserlöses schmälert.

Wenn Hagen meint, es sei weder im ersten noch im zweiten Falle mit der Konstruktion eines besonderen Garantievertrags zu helfen, da die Zusicherungen im notariellen Vertrage nicht erwähnt seien, und ebenso im ersten Falle nichts mit der Auffassung der freien Bebaubarkeit des Grundstücks als einer Eigenschaft des Grundstücks zu machen, weil das zu künstlich wäre, so mag ihm zugegeben werden, daß das sehr konstruierte Auswege wären. Es soll daher hier nur auf das Wesen des Schadensersatzanspruchs in beiden Fällen eingegangen werden.

Hagen hebt in dieser Hinsicht hervor, daß weder dem Getäuschten noch dem Täuschenden mit der Anfechtung und dem negativen Interesse geholfen wäre. Der Käufer des Grundstücks hätte sich hier offenbar schon ganz auf den künftigen Villenbau eingerichtet, er hätte etwa seine Mietwohnung gekündigt, den Umzug vorbereitet, Baupläne bestellt, Bauverträge abgeschlossen usw. Der Erwerber der Hypothek hätte sich womöglich schon mit einem Dritten in Verbindung gesetzt, der das Grundstück erwerben und ihn dann irgendwie schadlos halten wollte. Und nun sollte der Getäuschte mit dem Ersatzanspruche nur Auflösung dieses Vertrags und Ersatz der sonstigen unnützen Aufwendungen verlangen können? — Aber auch der Täuschende selbst käme besser weg, wenn er das Erfüllungsinteresse ersetzte und nicht den Vertrag rückgängig machen und den sonstigen Schaden des Getäuschten tragen müßte.

Hieran ist zunächst bemerkenswert, daß für Hagen im Gegensatz zu den sonstigen Vertretern seiner Ansicht auch einmal das Interesse des Täuschenden zur Begründung seiner Meinung herhalten muß. Während namentlich das Reichsgericht seine Auffassung gerade damit motivierte, daß der widerrechtlich handelnde Verkäufer nicht besser gestellt werden dürfe als der

redliche, führt Hagen nun den Vorteil des Täuschenden für die Gewährung des positiven Interesses ins Feld. — Steht er aber außerdem nicht mit sich selbst im Widerspruche, wenn er die Haftung auf das Erfüllungsinteresse einmal damit begründet, daß der Getäuschte mit dem negativen Interesse nicht auf seine Kosten komme, und dann damit, daß der Täuschende bei Gewährung des negativen Interesses zu schlecht stünde? Man wird doch nur eins von beiden, entweder den Vorteil des Getäuschten oder den des Täuschenden, für das positive Interesse geltend machen können.

Und zwar kann m. E. auf die Lage des Täuschenden bei der Bestimmung des Inhalts des Ersatzanspruchs keine Rücksicht genommen werden. Es ist immer festgehalten worden, daß der Betrüger den Schaden, den er angerichtet hat, auch in vollem Umfang ersetzen muß, und man wird nicht leugnen können, daß auch unnütze Aufwendungen, die der Getäuschte im Vertrauen auf die Wahrheit der gegnerischen Angaben gemacht hat, gerechterweise vom Betrüger getragen werden müssen.

Wollte man aber selbst das Interesse des Täuschenden wahrnehmen, so wäre es doch noch sehr fraglich, ob das Erfüllungsinteresse für ihn i m m e r der mildere Ausweg ist. Liegt der Fall freilich so einfach, wie in den beiden Beispielen, wo der Verkäufer den Grundstückskaufpreis um die Regulierungsabgabe und den Erwerbspreis der Hypothek um den Betrag der von dem Dritten geltend gemachten Zinsforderung lediglich zu mindern braucht, so wird der Ersatz des positiven Interesses dem Betrüger billiger zu stehen kommen als der des negativen. Nehmen wir aber z. B. den Fall so, daß der Verkäufer dem andern ein Villengrundstück mit schöner Lage am Wasser verkauft hat und sich hinterher herausstellt, daß der Uferstreifen nicht bebaut werden darf, so ist die Erfüllung seitens des Betrügers unmöglich; es muß also das infolge der einzigartigen Lage des Grundstücks sich sehr hoch belaufende Interesse des Käufers an der Vertragserfüllung in Geld ersetzt werden, und der Ersatz wird deshalb für den Betrüger sehr drückend. Es werden überhaupt die Fälle, wo das Vertrauensinteresse hinter dem Erfüllungsinteresse in der Höhe zurückbleibt, doch wenigstens ebenso

häufig sein wie die, wo das positive Interesse geringer ist als das negative.[1])

Stellen wir uns aber auf den Standpunkt des Getäuschten — und das ist ja das Richtigere — so ist auch hier die Gewährung des negativen Interesses durchaus nicht immer unbilliger. Wenn man freilich, wie Hagen, unter negativem Interesse nur die Aufhebungswirkung des Ersatzanspruches versteht, so wird man ihm unbedingt zustimmen können. Wie wir gesehen haben, enthält das „negative Interesse" aber nicht in jedem Fall Aufhebung des Geschäfts und Ersatz des sonstigen Schadens, sondern der Ersatzanspruch geht ebensogut auf Abänderung der Geschäftsbestimmungen: Wenn nämlich der Getäuschte das Geschäft auch ohne die Täuschung eingegangen, aber unter anderen Geschäftsbestimmungen, beim Kauf besonders unter Minderung des Kaufpreises, eingegangen wäre.

Und so liegt die Sache gerade in den von Hagen angeführten Beispielen. Die Folge der Nichttäuschung wäre hier offenbar nur die gewesen, daß der Käufer nicht einen so hohen Preis für das Grundstück bezw. die Hypothek zugebilligt hätte, indem er nämlich den Erwerbspreis um die Regulierungsabgabe bezw. um den ihm durch die Zinsforderung des Dritten erwachsenden Ausfall gemindert haben würde. Es ist nicht einzusehen, warum der Käufer, wo doch die sämtlichen übrigen Kaufbedingungen dieselben blieben, in Kenntnis der Sachlage von dem Geschäft gänzlich hätte abgehen sollen.

Gerade in den Fällen also, wo „natürlicher- und normalerweise gar nicht anders geholfen werden kann als eben durch Ersatz des positiven Erfüllungsinteresses", wird dem auch nach der von uns befürworteten Auffassung gebührend Rechnung getragen. Die „Anforderungen des praktischen Lebens", die „Bedürfnisse des praktischen Lebens" sind also bei unserer Ansicht genau so gewahrt wie bei der Theorie vom positiven Interesse;

[1]) Darauf deuten ja auch die §§ 122, 307 B.G.B. hin, nach denen das negative Interesse nicht über den Betrag des positiven hinausgehen darf, also der Fall, wo das Erfüllungsinteresse das Vertrauensinteresse übertrifft, als die Regel hingestellt wird.

das „zu Buchstaben gefrorene Gesetzeswort“ des § 249 erfüllt sehr wohl die Aufgabe eines „Rechts der Gegenwart“.

Damit wären die in der Praxis des Reichsgerichts und in der ihm folgenden Literatur gegen unsere Ansicht hervorgetretenen Bedenken erledigt. Nach alledem darf gesagt werden: Auch wenn das Rechtsgeschäft nicht angefochten wird, hat der geltendgemachte Ersatzanspruch wegen arglistiger Täuschung nicht den Ersatz des Erfüllungsinteresses zur Folge.

§ 7.

4. Die Ansicht von Weiß-Oertmann.

Eine Mittelmeinung zwischen der eben behandelten und der von uns vertretenen Auffassung stellt die Ansicht von Weiß[1]) dar, dem sich Oertmann[2]) vorbehaltlos anschließt. Der Ersatzanspruch soll nach ihm im Falle der Anfechtung auf das negative Interesse gehen; im Falle des Beharrens beim Vertrag aber soll unterschieden werden, ob die Täuschung eine Vertragsverletzung darstellt oder nicht. Im ersteren Falle gibt Weiß das positive, im zweiten das negative Interesse.[3])

Werde das Geschäft nicht angefochten und sei die Täuschung vertragswidrig, so sei nämlich, meint er, der zum Ersatze verpflichtende Umstand des § 249 das Nichtvorhandensein der zugesicherten Eigenschaften, oder allgemeiner gesprochen, die objektive Unwahrheit der behaupteten Tatsachen, das Anderssein der Wirklichkeit. Denn hier habe es der Täuschende übernommen, dafür einzustehen, daß die Wirklichkeit sich so verhalte, wie er gesagt habe; hier habe er dafür garantiert, daß die angegebenen Tatsachen auf Wahrheit beruhten.

Es ist schon oben darauf hingewiesen worden, daß der zum Ersatze verpflichtende Umstand, wo die arglistige Täuschung einen Schadensersatzanspruch gemäß den §§ 823 ff. auslöst, wo sie also als unerlaubte Handlung in Betracht kommt, immer

---

[1]) S. 20 ff. Vgl. hierzu die Anm. 2, S. 23.

[2]) I, § 123, 4.

[3]) Diese Ansicht ist, soweit ich sehen kann, zuerst von Werner, R. 05, 303 ff. angedeutet.

die unerlaubte Handlung der Täuschung, und nur diese, sein kann. Es ist deshalb nicht verständlich, wie für den Täuschenden die Tatsache der Garantieübernahme eine Veränderung des Schadensersatzinhalts der §§ 823 ff. mit sich bringen soll. Wenn es der Betrüger übernommen hat, für die Wahrheit der angegebenen unwahren Tatsachen einzustehen, so kann das auf den Schadensersatzanspruch aus der unerlaubten Handlung der Täuschung keinen Einfluß ausüben. Er hat die Garantie dann eben vertraglich übernommen. Die daraus für ihn erwachsende Haftung ist also eine Vertragshaftung, die sich nach dem Sonderrechte der einzelnen Verträge, mithin in den gedachten Fällen nach Kaufrecht, Schenkungsrecht, Leiherecht, Mietrecht usw. beurteilt. Diese Vertragshaftung hat jedoch mit der Deliktshaftung, auf die es hier allein ankommt, nichts zu tun.

Also auch für den Fall, wo der Verletzte beim Vertrage stehen bleibt und die Täuschung zugleich eine Vertragsverletzung enthält, kann nicht davon abgewichen werden, daß der Ersatzanspruch nur das negative Interesse gewährt.

Der wegen Betrugs aus den §§ 823 ff. erwachsende Schadensersatzanspruch geht mithin in jedem Falle nur auf das Interesse an der Aufhebung des konkreten Geschäfts, und zwar entweder überhaupt auf Rückgängigmachung des Geschäfts und Ersatz der im Vertrauen auf dessen Gültigkeit gemachten sonstigen Aufwendungen (dolus causam dans) oder auf Abänderung der Geschäftsbestimmungen (dolus incidens).

§ 8.

Anhang. Die zweite Alternative des Schadensersatzanspruchs.

Die Wirkung der zweiten Alternative[1]) des Ersatzanspruches soll nun noch etwas näher erörtert werden.

[1]) Lediglich konstruktionelle Bedenken gegen die erste Alternative, die Aufhebungswirkung, äußert Eccius in Gruchot 53, 309 ff. Er wendet sich dagegen, daß ein erfüllter Vertrag durch einen nachträglichen bloßen Auflösungsvertrag die Kraft verlieren kann, die

Die am häufigsten vom Betruge getroffenen Geschäfte sind zweifellos die Kauf-, die Miet- und Pacht- und die Werkverträge. Hier wird die auf den Schadensersatzanspruch aus dolus incidens zu verlangende Vertragsänderung regelmäßig, wie bemerkt, in der Ermäßigung des Kaufpreises, des Miet- oder Pachtzinses oder des Unternehmerlohns bestehen.

Der Kaufpreis — und dasselbe gilt für den Miet- und Pachtzins und den Lohn des Unternehmers beim Werkvertrag — ist dann soweit herabzusetzen, als er sich durch die Täuschung für den Betrogenen ungünstiger gestellt hat.

Es ist mithin im konkreten Fall immer festzustellen, welcher Teil des Kaufpreises durch den dolus incidens veranlaßt ist und welcher Teil auch ohne diesen dolus bezahlt worden wäre. In dieser Beziehung sind nun, so weit ich sehen kann, in der Literatur und Rechtsprechung — allerdings nur exemplifikatorisch — drei verschiedene Berechnungen aufgestellt worden.

Zunächst geht Matthiessen[1]) ausführlicher auf die Berechnung der Kaufpreisminderung ein. Er will den Käufer immer den wirklichen Wert der Kaufsache bezahlen lassen und dem Verkäufer stets einen angemessenen Preis dafür wahren. Nach ihm soll nur der Betrag ersetzt werden, den der Käufer infolge der Täuschung über den Wert der Kaufsache hinaus-

---

er zur Zeit der Erfüllung hatte; denn ein solcher Aufhebungsvertrag könne im Gegensatze zur Anfechtung zwar als beiderseitiger Erlaß eine Verbindlichkeit von jetzt an aufheben, aber er könne nicht bewirken, daß diese Verbindlichkeit nicht bestanden hat. Es verstoße gegen die Logik, daß die Pflichten aus einem früheren Vertrage nachträglich durch Vertrag zu nicht entstandenen Pflichten gemacht werden könnten. Überdies müßte das Gesetz einen solchen Vertrag, der doch eine unmittelbare Wirkung habe, ausdrücklich geregelt haben, weil es hinsichtlich derartiger Geschäfte z. B. Pfändung, Verpfändung, Abtretung von den Grundsätzen der Vertragsfreiheit abweiche. — Die Pflicht, das in Erfüllung des alten Vertrags etwa schon Empfangene wieder herauszugeben, müßte vielmehr zum Inhalte des Vertragsversprechens gemacht werden. — Eine Entscheidung dieser Frage, die mit der streitigen Natur der Wandlung nach den §§ 465/7 zusammenhängt, kann in diesem Zusammenhange nicht gegeben werden.

[1]) J.W. 08, 60 ff.

gezahlt hat. Habe der Käufer weniger gezahlt, als die mangelhafte Kaufsache wert sei, so habe er durch die Täuschung keinen Schaden erlitten, könne ihn also auch nicht ersetzt verlangen, er müßte denn nachweisen, daß der Verkäufer auch zu einem geringeren Preise verkauft hätte, was ihm aber nicht gelingen werde.[1])

So überzeugend diese Darlegungen zunächst scheinen, so erweisen sie sich doch bei näherer Betrachtung als unzutreffend. Und zwar besteht ihr Fehler darin, daß ausschließlich der wahre Wert der Kaufsache in Betracht gezogen, auf den Vertragspreis aber keine Rücksicht genommen ist.

Die ganze Berechnung ist von Matthiessen nämlich nur auf den Fall abgestellt, daß der Verkäufer für die angeblich mangelfreie Sache wirklich den angemessenen Preis gezahlt hat. Und in diesem Fall ist sie richtig; denn hier ist die Differenz zwischen dem Kaufpreis und dem angemessenen Werte der fehlerhaften Sache zweifellos auf den dolus des Verkäufers zurückzuführen. — Dagegen versagt dieser Berechnungsmodus sofort, sobald der Verkäufer für die angeblich mangelfreie Sache mehr oder weniger als den angemessenen Preis gezahlt hat.

Nehmen wir an, er habe weniger gezahlt: Wert der mangelfreien Sache 40 000 ℳ, der mangelhaften Sache 35 000 ℳ; Kaufpreis 30 000 ℳ. Hier hätte der Käufer nach Matthiessen gar keinen Schaden erlitten, denn er hat ja für 30 000 ℳ immer noch einen Wert von 35 000 ℳ erhalten. Er könnte daher auch keine Minderung verlangen; die Täuschung hätte also auf den Vertrag gar keine Wirkung ausgeübt: der Verkäufer hätte gar nichts zu ersetzen. Und er hätte stets nichts

[1]) Vgl. ähnlich R.G. 62, 385 f.: „. . . denn wenn auch der Kaufpreis unbedingt und ohne Rücksicht auf den wahren gemeinen Wert der Sache für die Berechnung der Preisminderung nach § 472 maßgebend und demgemäß in dem Verhältnis, in welchem zurzeit des Verkaufs der Wert der Sache in mangelfreiem Zustande zu dem wirklichen Werte gestanden hat, herabzusetzen ist, selbst wenn der objektive Wert der fehlerhaften Sache noch den vereinbarten Preis übersteigt, während hingegen der Schadensersatzanspruch wegen arglistiger Täuschung auf den Ersatz des wirklich erlittenen Schadens . . . beschränkt ist . . .“

zu ersetzen, d. h. könnte ruhig betrügen, wenn der Wert der mangelhaften Sache nur immer noch den Kaufpreis übersteigt.

An diesem den Betrüger begünstigenden Ergebnis ist eben die Tatsache schuld, daß Matthiessen die vertragliche Grundlage des zwischen Betrüger und Betrogenem bestehenden Verhältnisses bei seiner Schadensberechnung gänzlich verläßt.

Sollen wirklich die „vertragsmäßigen Festsetzungen, soweit sie nicht durch den Betrug betroffen werden",[1]) für den Inhalt des Ersatzanspruchs maßgebend sein, wie ja auch Matthiessen annimmt, so muß der Käufer so gestellt werden, als ob die beim Vertragsschlusse fälschlich behaupteten Tatsachen wahr wären, d. h. als ob die Kaufsache wirklich die Eigenschaften hätte, mit denen sie 40 000 ℳ wert wäre. Der Betrüger hat sich so behandeln zu lassen, wie wenn er wirklich für 30 000 ℳ Kaufpreis eine Sache im Werte von 40 000 ℳ geliefert hätte, und der Käufer muß in die Lage versetzt werden, daß er den erwarteten Gewinn von 10 000 ℳ tatsächlich erhält. Denn vergleicht man die Lage des Käufers, in der er sich jetzt befindet, mit der Position, in welcher er sich bei gehöriger Vertragserfüllung befunden haben würde, so ergibt sich für ihn ein Schaden von 5 000 ℳ.

Prüfen wir jetzt den umgekehrten Fall, daß der Käufer mehr als den angemessenen Preis erlegt hat: Wert der mangelfreien Sache 40 000 ℳ, der mangelhaften 35 000 ℳ; Kaufpreis 50 000 ℳ. Hier gibt uns Matthiessens Ansicht über den Schaden des Käufers überhaupt keinen Aufschluß. Nach ihm soll der Käufer ja den Betrag als Schadensersatz erhalten, den er infolge der Täuschung über den Wert der Sache hinausgezahlt hat. Der Käufer hat hier 15 000 ℳ über den Wert der Sache gezahlt. Aber welchen Betrag hat er *infolge der Täuschung* über den Wert der Sache hinausgezahlt? Soll der vom Kaufpreis abzuziehende Betrag, um den der Mangel die Sache im Werte mindert, nun absolut oder relativ d. h. im Verhältnis zum Gesamtkaufpreise berechnet werden?

---

[1]) R.G. 63, 110 ff.

Das ist aber gerade die Frage, um die sich alles dreht! Denn wenn wir, wie gesagt, die durch die Täuschung beeinflußte Lage des Käufers mit dem präsumtiven Zustand, in welchem er sich bei Wahrheit des Vorgetäuschten befunden haben würde, vergleichen, so sind nur der Kaufpreis und der Wert der Differenz zwischen mangelfreier und mangelhafter Sache, zu deren Bezahlung die Täuschung bestimmt hat, nicht aber der wahre Wert der Kaufsache in Betracht zu ziehen. Da der Kaufpreis jedoch fest bestimmt ist, so fragt sich nur, wie hoch jene Differenz anzuschlagen ist. Soll der relative oder der absolute Wert dieser Differenz vom Kaufpreis in Abzug gebracht werden?

Würden wir ihn relativ bemessen, so käme das auf den Berechnungsmodus des § 472 hinaus: Der Kaufpreis wäre in dem Verhältnisse der mangelfreien zur mangelhaften Sache herabzusetzen. Und so scheint die Revision in R.G. 62, 384 ff., auch wohl in R.G. 61, 255 ff. rechnen zu wollen.[1])

Cohn[2]) dagegen vertritt in einem Beispiele die Ansicht, daß der Kaufpreis um den absoluten Wert jener Differenz zu mindern ist.

Und m. E. mit Recht. Denn die relative Wertberechnung führt zu Unbilligkeiten.

Das sei an zwei Beispielen erörtert.

1. Wert der mangelfreien Sache 40 000 ℳ, der mangelhaften 35 000 ℳ, Kaufpreis 30 000 ℳ. Die Frage ist, ob hier ein Betrag von 3750 ℳ — relativer Wert der Differenz zwischen mangelhafter und mangelfreier Sache — oder ein Betrag von 5000 ℳ — absoluter Wert jener Differenz — als der infolge der Täuschung eingetretene Schaden angesehen werden soll.

2. Obiges Beispiel; nur beträgt der Kaufpreis 50 000 ℳ. Die Frage ist, ob hier dem Verkäufer 6 250 ℳ oder nur 5000 ℳ vom Kaufpreise abzuziehen sind. — Aus den Beispielen geht hervor, daß der Berechnungsmodus des § 472 im Gegen-

[1]) R.G. 62, 384 ff. selbst neigt offenbar der Matthiessenschen Ansicht zu. Vgl. Anm. 1, S. 46.

[2]) a. a. O. S. 140.

satze zur absoluten Berechnung, wenn der Kaufpreis höher als der gemeine Wert der mangelfreien Sache war, den Getäuschten, wenn dagegen der Preis niedriger als jener Wert war, den Täuschenden begünstigen würde. Ein solches ungleiches Ergebnis zeigt, daß die Berechnung fehlerhaft sein muß. —

Der Fehler liegt nämlich darin, daß die Berechnung nach § 472 sich nicht voll auf den Standpunkt stellt, den wir oben als den richtigen erkannt haben. Denn soll der Betrogene so gestellt werden, wie wenn die vorgespiegelten Tatsachen wahr wären, so muß er stehen, als ob der Vertrag erfüllt wäre, d. h. er muß sowohl den ihm aus dem Vertrag erwachsenden Gewinn voll erhalten, als auch den ihm aus dem Vertrage treffenden Verlust in ganzer Höhe auf sich nehmen. Dem wird jedoch der Berechnungsmaßstab des § 472 weder im ersten, noch im zweiten Beispiele gerecht. — Im ersten Falle hatte der Käufer einen Gewinn von 10 000 ℳ zu erwarten. Dieser darf ihm nicht dadurch geschmälert werden, daß der Kaufgegenstand sich nicht in dem vorgetäuschten einwandfreien Zustande befindet. Erhält er also nur eine Sache im Werte von 35 000 ℳ, so braucht er auch nur eine Gegenleistung von 25 000 ℳ zu machen, d. h. der ihm infolge der Täuschung entstandene Schaden ist auf 5000 ℳ anzusetzen.

Umgekehrt ist es im zweiten Falle. Hier hatte der Käufer für 50 000 ℳ eine Sache im Werte von 40 000 ℳ, also einen Verlust von 10 000 ℳ in Erwägung zu ziehen. Bekommt er daher nur einen Gegenstand von 35 000 ℳ Wert, so braucht er sich den 10 000 ℳ übersteigenden Betrag des Verlusts nicht gefallen zu lassen, d. h. er kann einen Schaden von 5000 ℳ vom Verkäufer ersetzt verlangen und hat mithin nur 45 000 ℳ als Kaufpreis zu zahlen.

Wir werden also mit Cohn die Höhe des Schadensersatzes im Falle des dolus incidens dahin zu bestimmen haben, daß die absolute Differenz zwischen dem Werte der mangelfreien und dem Werte der mangelhaften Sache als Ersatz zu leisten bezw. vom Gesamtkaufpreise abzuziehen ist. Ob der Verkäufer zu diesem Preise verkauft hätte, ist selbstverständlich ganz gleich-

gültig.[1]) Denn hier handelt es sich um den Schadensersatzanspruch aus der unerlaubten Handlung des Betrugs. Die Folgen des Betrugs aber muß der Betrüger in vollem Umfang auf sich nehmen.

§ 9.

b) Im Falle der Drohung.

Auf den Ersatzanspruch im Falle der Drohung, zu dem wir uns jetzt wenden, ist, soweit ich sehen kann, in der Literatur bis jetzt noch nicht näher eingegangen worden. Von den Autoren wird dieser Fall höchstens mit der Täuschung zusammen genannt und ihm gleichgestellt. Die Praxis aber enthält gar keinen Fall der Geltendmachung eines Schadensersatzrechts wegen Drohung. Das liegt wohl zunächst daran, daß die Drohung im Gegensatz zur Täuschung heute verhältnismäßig selten ist. Dann genügt aber auch regelmäßig die Anfechtung zur Beseitigung der Drohungsfolgen vollkommen, einmal, weil der Bedrohte fast immer froh sein wird, von dem Geschäft überhaupt loszukommen, und ferner, weil er im Gegensatz zum Betrogenen nicht im Vertrauen auf die Gültigkeit des Geschäfts Aufwendungen gemacht haben wird, die ihn zur Geltendmachung eines Ersatzanspruchs nötigten, da er sich eben, anders als der Betrogene, seiner Lage und der daraus sich ergebenden Anfechtbarkeit des erzwungenen Geschäfts bewußt gewesen sein wird.

Immerhin ist die Geltendmachung des Ersatzanspruchs auch wegen Drohung möglich.

Der Inhalt dieses Anspruchs ist der gleiche wie bei der Täuschung.

Der zum Ersatze verpflichtende Umstand des § 249, der hier natürlich ebenfalls zur Anwendung kommt, ist in diesem Falle die „widerrechtliche Bestimmung durch Drohung" (§ 123). Wäre diese nicht eingetreten, so wäre der Betreffende entweder nicht widerrechtlich d. h. also rechtmäßig durch Drohung zur

[1]) So Staudinger-Engelmann, 3./4. Aufl., Vorb. III a zu §§ 823 ff.; R.G. 63, 110 ff.; R.G. in Zeitschrift f. Rechtspfl. in Bay., 2, 188; in J.W. 98, 518, Nr. 58; 05, 76 f.; a. A. Leiendecker, Seuff. Bl. 72, 421; R.G. in J.W. 10, 934.

Abgabe seiner Willenserklärung bestimmt worden, oder er wäre nicht widerrechtlich zur Abgabe seiner Erklärung durch Drohung bestimmt worden. Die erste Alternative muß hier ausscheiden, da keine unerlaubte Handlung vorliegt, wenn jemand rechtmäßig durch Drohung zur Abgabe einer Willenserklärung veranlaßt worden ist. Auch als sittenwidrig im Sinne des § 826 würde eine derartige Handlungsweise kaum anzusehen sein, weil sich gerade bei der Drohung als einer Freiheitsverletzung die Rechtswidrigkeit mit der Sittenwidrigkeit deckt. — Es bleibt also nur der Fall übrig, daß der Betreffende nicht bedroht worden wäre. Wäre er nicht bedroht worden, so hätte er die fragliche Willenserklärung jedenfalls nicht abgegeben und das Rechtsgeschäft, so wie es wirklich zustande gekommen ist, nicht abgeschlossen, d. h. er wäre das Geschäft entweder überhaupt nicht oder doch unter anderen Bedingungen eingegangen (metus causam dans metus incidens).[1])

Der Ersatzanspruch aus der unerlaubten Handlung der Drohung geht mithin ebenfalls entweder auf Aufhebung des infolge der Drohung eingegangenen Rechtsgeschäfts (und Ersatz des dadurch noch nicht gedeckten Schadens) oder wenigstens auf Abänderung der Geschäftsbestimmungen, d. h. nur auf das „negative Interesse".

Hier ist denn auch kein Anhalt für die Annahme des positiven, des Erfüllungsinteresses als Wirkung des Schadensersatzanspruchs gegeben. — —

Durch den Schadensersatzanspruch wegen arglistiger Täuschung oder Drohung ist der Täuschende oder Drohende daher lediglich — obligatorisch — verpflichtet, entweder das infolge der Täuschung oder Drohung zustande gekommene Rechtsgeschäft rückgängig zu machen, d. h. seine Zustimmung zu einem Auflösungsvertrage zu geben und den etwa außerdem entstandenen Schaden zu ersetzen oder die Bestimmungen jenes Geschäfts abzuändern, d. h.

---

[1]) Die oben S. 16 f. für die Täuschung aus § 853 entnommene Argumentation ist für die Bestimmung des Inhalts des Ersatzanspruchs im Falle der Drohung, wie oben schon angedeutet ist, ebenfalls am Platze.

seine Zustimmung zu einem mit modifizierten Bedingungen abzuschließenden Rechtsgeschäfte gleicher Art zu erklären.

§ 10.

D. Ergebnis und Folgen.

Kehren wir nun zu der oben aufgeworfenen Frage nach dem Verhältnis des Schadensersatzanspruchs zum Anfechtungsrechte des § 123 zurück, so erhellt, daß Ersatzrecht und Anfechtungsbefugnis in ihren Wirkungen durchaus verschieden sind. Wenn der Schadensersatzanspruch auch in seiner ersten Alternative ebenso wie die Anfechtung die Aufhebung des fraglichen Rechtsgeschäfts zur Folge hat, so ist doch einmal seine Wirkung nur obligatorischer Natur, und dann geht er auch noch auf ein Weiteres, nämlich auf Ersatz des durch die Täuschung oder Drohung verursachten und durch die Geschäftsaufhebung nicht gedeckten Schadens.

Von einer alternativen Konkurrenz beider Rechtsbehelfe in dem Sinne, daß die Geltendmachung und Durchführung des Ersatzanspruchs (natürlich nur soweit er auf Aufhebung des Geschäfts gerichtet ist) auf das Anfechtungsrecht und umgekehrt die Ausübung des Anfechtungsrechts auf den Ersatzanspruch an sich von Einfluß sein sollte, kann daher nicht die Rede sein.

Ersatzrecht und Anfechtungsbefugnis sind vielmehr grundsätzlich von einander unabhängige, durchaus selbständige Rechtsbehelfe.[1])

Es ist daher prinzipiell eine kumulative Konkurrenz beider Rechtsmittel, eine einfache Häufung anzunehmen.[2])

Daraus ergeben sich folgende vier Schlußsätze:

1. Einmal geht das Anfechtungsrecht an und für sich nicht durch die Durchführung des Ersatzanspruchs verloren.[3]) Ist freilich der Anspruch auf Aufhebung des

---

[1]) So auch Kohler, Rhein. Zeitschr. S. 210, 214 f.; a. A. R.G. 63, 268 ff.

[2]) So auch Linckelmann a. a. O. S. 226 ff., allerdings von seinem Standpunkte des positiven Interesses ausgehend.

[3]) So ausdrücklich auch O.L.G. Braunschweig in R. 09, Nr. 2605; a. A. R.G. in Seuff. Bl. 72, 939 (Zentralbl. für Freiw.

Geschäfts, der als die eine Alternative ja stets im Ersatzrechte gelegen ist, von dem Verpflichteten erfüllt und hat der Berechtigte kein Interesse an der rückwirkenden Kraft der Anfechtung, so wird diese ausgeschlossen sein. Ebenso ist es natürlich, wenn der Verpflichtete sich durch Leistung von Geldersatz von der Verpflichtung zur Naturalherstellung befreit hat.

2. Umgekehrt wird der Schadensersatzanspruch grundsätzlich nicht durch die Anfechtung berührt. Er wird allerdings insoweit gegenstandslos, als er die Aufhebung des Geschäfts bewirken würde, denn die Anfechtung beseitigt das Geschäft ja unmittelbar. Er hat aber, wie gesagt, Bedeutung auch neben der Anfechtung einmal, sofern er auf Ersatz des sonstigen, durch das nutzlose Geschäft angerichteten Schadens geht[1]), und dann natürlich, wenn er auf Abschluß eines neuen Geschäfts unter veränderten Bedingungen gerichtet ist.

3. Das Anfechtungsrecht wird aber auch dadurch nicht beeinflußt, daß das Ersatzrecht nicht geltend gemacht wird.[2]) In dem Verzicht auf den Herstellungsanspruch der §§ 823 ff. liegt noch kein Verzicht auf die Anfechtung.[3]) Denn das Interesse des Getäuschten oder Bedrohten kann ja durch die Rückgängigmachung des Geschäfts voll gewahrt sein.

4. Und umgekehrt wird der Ersatzanspruch nicht dadurch berührt, daß die Anfechtung unterbleibt, sei es, daß der Berechtigte von ihr keinen Gebrauch machen will — in dem Verzicht auf die Anfechtung als solche liegt noch kein Verzicht auf den Ersatzanspruch[4]), wenn auch häufig in der

Gerichtsbark. u. Notar., 8, 689), Josef in J.W. 12, Nr. 3, S. 114 und natürlich alle diejenigen, welche im Falle der Nichtanfechtung auf den Ersatzanspruch das positive Interesse gewähren wollen.

[1]) So alle die, welche als Inhalt des neben der Anfechtung erhobenen Ersatzanspruchs das negative Interesse ansehen.

[2]) So alle diejenigen, welche auf den allein geltend gemachten Ersatzanspruch das positive Interesse geben.

[3]) A. A. Motive, II, 757; Planck (Planck), Vorb. 5 zu §§ 823 ff.

[4]) So R.G. in J.W. 11, 398 (Seuff.A. 66, 305 f.), Enneccerus I, 1, § 164, III, Anm. 5, S. 436. Aber auch alle diejenigen, welche die Wirkung des allein erhobenen Ersatzanspruchs im Sinne des positiven Interesses bestimmen.

Nichtbenutzung des Anfechtungsrechts unmittelbar eine Bestätigung des anfechtbaren Geschäfts gesehen werden kann, wodurch dann auch der Ersatzanspruch in seinen beiden Wirkungen[1]) ausgeschlossen ist —, sei es, daß der Berechtigte das Anfechtungsrecht nicht gebrauchen kann, nämlich im Falle des § 124.

Auf Letzteres ist etwas näher einzugehen.

Natürlich kann der Ersatzanspruch, soweit er auf Abschluß eines neuen Geschäfts unter Abänderung der Geschäftsbedingungen abzielt, durch die bloße Tatsache der Nichtanfechtung nicht verloren gehen. Sehr bestritten ist aber, ob der Berechtigte, wenn die Anfechtung unterbleibt, besonders wenn sie wegen Ablaufs der Ausschlußfrist des § 124 unterbleiben muß, seinen Ersatzanspruch noch auf Aufhebung des Geschäfts richten kann.[2]) —

Daß das Ersatzforderungsrecht an sich dadurch nicht berührt wird, daß nicht angefochten wird, werden ja am wenigstens diejenigen — und darunter befindet sich auch das Reichsgericht in seiner älteren Praxis[3]) — leugnen können, die im Falle der Nichtanfechtung auf den Ersatzanspruch das positive Interesse

---

[1]) Auch in seiner zweiten Wirkung: Denn in der Nichtanfechtung ist oft auch eine Betätigung des konkreten Geschäfts, wie es sich infolge der unerlaubten Handlung gestaltet hat, zu sehen, so daß auch die auf Abänderung des Geschäfts gerichtete Alternative ausgeschlossen ist.

[2]) Für den Fall des § 124 bejahend: Oertmann I, § 124, 4, II, § 853, 2; Planck (Planck), § 123, 7 und Vorb. 5 zu §§ 823 ff.; Rehbein, § 123 h; Staudinger-Riezler 3./4., 5. 6. Aufl., § 123, VI; Biermann I, 255 f.; Crome I, § 95, 3 und Anm. 3; Goldmann-Lilienthal, § 39, 5, 6; § 40, 5, S. 153 ff.; Enneccerus I, 1, § 164, Anm. 2, S. 435; H. A. Fischer 181; Kolbe 646; Kuhlenbeck I, 446; Matthias § 53, III B, S. 116; Motive I, 208; II, 756 f.; Steinberg, 60 f.; Kipp-Windscheid I, § 78, Zus. 5. Namentlich aber Schreiber, Gruchot, 53, 298 ff. Verneinend: R.G. 63, 268 ff.; Fischer-Henle, § 124, 4; Reichsgerichtsräte (Schaffeld), Vorb. 4 zu §§ 823 ff., auch Reichsgerichtsräte (Kiehl), § 123, 5 (aber mit der Einschränkung, daß sich der Einwand der Täuschung oder der Drohung auch über die Frist des § 124 hinaus gemäß analoger Anwendung der §§ 853, 821 erhalte); Staudinger-Engelmann, 3./4. Aufl., Vorb. III a zu §§ 823 ff.; Matthiessen a. a. O. 60 ff.

[3]) Vgl. R.G. 59, 155 ff.; 63, 110 ff. usw.

gewähren. Das wird ja denn auch von R.G. 63, 268 ff. usw. gar nicht bestritten. Aber das Reichsgericht und mit ihm die übrigen Verteidiger der von ihm begründeten Ansicht schließen aus der speziellen Vorschrift des § 124, daß die Anfechtung als das einzige Mittel zur Rückgängigmachung des durch die Täuschung oder die Drohung veranlaßten Rechtsgeschäfts vom Gesetze angesehen wird und daß deshalb der aus der Täuschung oder der Drohung ebenfalls fließende Schadensersatzanspruch nach Ablauf der für die Anfechtung vorgesehenen einjährigen Präklusivfrist nicht mehr die Aufhebung des Rechtsgeschäfts bewirken kann.

Dem ist nun entgegenzuhalten, daß § 124 ganz und gar keine lex specialis im Verhältnis zu den §§ 823 ff. mit § 249 ist. Wenn das B.G.B. dort eine einjährige Ausschlußfrist für die Anfechtung festsetzt, so ist das in der Natur der Anfechtung als eines dinglich, inter omnes wirkenden Rechtsmittels begründet. Dem Anfechtungsberechtigten soll dieser außerordentlich scharf wirkende Rechtsbehelf nicht länger als ein Jahr zur Verfügung stehen.[1]) Daß aber damit überhaupt jedes Mittel zur Rückgängigmachung des infolge Täuschung oder Drohung zustande gekommenen Rechtsgeschäfts ausgeschlossen ist, kann schon deswegen nicht angenommen werden, weil das zu einer Milderung der sonst für die Deliktshaftung geltenden Grundsätze gerade für den Betrüger und den Drohenden führte, was sicherlich vom Gesetze nicht beabsichtigt ist.[2])

Zudem ergibt das B.G.B. selbst, daß mit Ablauf der Frist des § 124 nicht auch der Schadensersatzanspruch auf Aufhebung des Rechtsgeschäfts erloschen sein soll. Und zwar ist dies aus § 853 zu folgern.[3])

Wenn nämlich § 853 lautet: „Erlangt jemand durch eine von ihm begangene unerlaubte Handlung eine Forderung gegen den Verletzten, so kann der Verletzte die Erfüllung auch dann

---

[1]) So Motive II, 756 ff.; Enneccerus I, 1, § 164, Anm. 2, S. 435.

[2]) So Enneccerus a. a. O.

[3]) Vgl. Schreiber, Gruchot 53, 298 ff.

verweigern, wenn der Anspruch auf Aufhebung der Forderung verjährt ist", so setzt er voraus, daß es aus unerlaubter Handlung einen Anspruch auf Aufhebung einer durch diese Handlung erlangten Forderung gibt. Er perpetuiert nun die diesem Anspruch entsprechende Einrede über den Zeitpunkt der Anspruchsverjährung hinaus. Damit stellt er aber fest, daß das zeitliche Erlöschen dieses Anspruchs sich nach den Vorschriften über unerlaubte Handlungen, also nach § 852 und nicht etwa nach § 124 bestimmt. Aus § 853 geht demnach hervor, daß ein (Schadensersatz-) Anspruch auf Aufhebung der durch eine unerlaubte Handlung erlangten Forderung neben der Anfechtung und unberührt durch diese besteht.

Freilich kann aus § 853 unmittelbar nur gefolgert werden, daß es einen solchen Aufhebungsanspruch bei noch nicht erfüllten Schuldverhältnissen gibt und trotz § 124 gibt. Zweifelhaft ist dagegen, ob dieser Anspruch „bei allen Verträgen ohne Rücksicht auf die Frage ihrer Erfüllung"[1]) gegeben sein soll. Dies ist aber dieselbe Frage wie die, ob auch Forderungen aus gegenseitigen Verträgen dem Aufhebungsanspruch unterliegen. Und diese Frage muß mit Schreiber a. a. O. bejaht werden.

Zunächst liegt gar kein Grund vor, den Aufhebungsanspruch auf einseitige Verträge beschränken zu wollen. — Außerdem ist darauf hinzuweisen, daß das B.G.B. das dem § 853 entsprechende Leistungsverweigerungsrecht in gleicher Weise auch bei gegenseitigen Verträgen perpetuiert hat, z. B. beim Kaufe nach § 478, beim Werkvertrage nach § 639. Und ebenso wie mit Schreiber a. a. O. für die Wandlung daran festzuhalten ist, daß der Käufer mit der Wandlungseinrede die Aufhebung des ganzen Vertrags fordert[2]), wird auch für die gegen eine Forderung aus einem gegenseitigen Vertrage gerichtete Einrede des § 853 behauptet werden dürfen, daß der Verletzte mit ihr die Aufhebung des ganzen Vertrags, des Vertrags als solchen verlangen kann. Hat aber die Einrede gegen eine solche Forderung die

[1]) Schreiber a. a. O.

[2]) So auch R.G. 60, 295 f.

Rückgängigmachung des ganzen Vertrags zur Folge, so wirkt der ihr entsprechende Aufhebungs**anspruch** in gleicher Weise. Ist der Aufhebungsanspruch geltend gemacht, so wird der ganze Vertrag hinfällig.[1]) Auch der Betrüger kann seine auf Grund jenes Vertrags bewirkte Leistung zurückfordern. — Damit ist aber auch, wie gesagt, die Frage, ob der aus § 853 zu entnehmende Aufhebungsanspruch auch auf schon erfüllte Schuldverhältnisse, namentlich Verträge, zu beziehen ist, in bejahendem Sinn entschieden.

Nach alledem bleibt der Auflösungsanspruch des § 853, auch soweit er schon erfüllte Schuldverhältnisse betrifft, durch die Anfechtungsgrundsätze unberührt.

Der aus Betrug oder Zwang erwachsende Schadensersatzanspruch muß daher auch nach Ablauf der lediglich für die Anfechtung geltenden Frist des § 124 auf Rückgängigmachung des betreffenden Geschäfts gerichtet werden können. Daß der Ersatzanspruch infolgedessen außerordentlich wertvoll ist, braucht nicht erst gesagt zu werden. Er verjährt erst mit Ablauf von drei Jahren nach dem Zeitpunkt, in dem der Verletzte von dem Schaden und der Person des Schädigers Kenntnis erhält (§ 852). —

Ja, die dem Aufhebungsanspruch entsprechende Einrede wird, wie erwähnt, durch § 853 sogar perpetuiert. Der Verletzte kann danach die Erfüllung der Forderung, welche der andere durch den Betrug oder die Drohung gegen ihn erlangt hat, auch dann noch verweigern, wenn sein Anspruch auf Vernichtung dieser Forderung nach § 852 bereits verjährt ist.

Übrigens ist die Anwendbarkeit dieser Vorschrift m. E. nicht auf den Fall der **totalen** Aufhebung der fraglichen Forderung zu beschränken; vielmehr wird die Einrede des § 853 auch im Falle des auf Abänderung der Geschäftsbedingungen, namentlich Minderung des Kaufpreises, Miet- oder Pachtzinses usw., gerichteten, also wenigstens die **teilweise** Rückgängigmachung der Forderung bezweckenden Schadensersatzanspruchs zu gewähren

[1]) So auch Protokolle, I, 238; II, 714, 3 a und 716 f.

sein. — Es ist höchst willkürlich, wenn Schreiber a. a. O. die Einrede im letzteren Falle versagen will.

Daß die zweite Kommission[1]) und das Reichsgericht in einer Entscheidung[2]) dieser Ansicht ist, kann für uns nicht maßgebend sein. — Auch der Hinweis Schreibers auf die dadurch zu wahrende Verkehrssicherheit kann nicht überzeugend wirken. Denn wenn er in der Möglichkeit, noch nach Jahr und Tag die Aufhebung des ganzen durch Betrug oder Drohung veranlaßten Rechtsgeschäfts zu fordern, keine Gefahr für die Verkehrssicherheit erblickt, so wird er eine solche auch in der Änderung einzelner Geschäftsbestimmungen nicht sehen dürfen.

Dagegen weist gerade das Beispiel des § 478, dessen Rechtsähnlichkeit mit unserem Falle doch Schreiber[3]) besonders betont, darauf hin, daß auch bei bloßer Abänderung der Geschäftsbedingungen, besonders bei Minderung des Kaufpreises, der § 853 Anwendung zu finden hat.

Mit mehr Recht könnte man gegen die Perpetuierung des Aufhebungsanspruchs überhaupt einwenden, daß dadurch eine weitreichende Unsicherheit des Verkehrs herbeigeführt werde, und daher die Geltung des § 853 für unseren Fall ausschließen wollen. Darauf wäre jedoch zu erwidern, daß das B.G.B. bei unerlaubten Handlungen eben den Gesichtspunkt des Verkehrs außer Acht läßt. Hier überwiegt das Interesse des durch die unerlaubte Handlung Verletzten so stark, daß nur auf dieses Rücksicht genommen wird. — Mit der durch § 853 geschaffenen Verkehrsunsicherheit ist es aber auch gar nicht so schlimm, wie es zunächst den Anschein hat. Einmal folgen sich nämlich die Leistungen aus gegenseitigen Verträgen, von Grundstücksgeschäften abgesehen, meist alsbald, so daß von einer Erfüllungsverweigerung seitens des Verletzten gar nicht mehr die Rede sein kann.[4]) Sodann aber wird in der Tatsache, daß der Verletzte die Frist des § 124 wie die des § 852 ungenützt verstreichen

[1]) Vgl. Protokolle, I, 236 ff; II, 714 ff.

[2]) R.G. 60, 294 ff.

[3]) a. a. O. S. 302.

[4]) Vgl. Schreiber a. a. O. S. 306.

läßt, häufig eine stillschweigende Bestätigung des fraglichen Geschäfts zu sehen sein. Eine solche Bestätigung des Rechtsgeschäfts schließt jedoch nicht nur die Anfechtung, sondern die Geltendmachung jedes Mittels, das Geschäft rückgängig zu machen, also auch die Erhebung des Ersatzanspruchs — natürlich nur in seiner ersten Alternative —, aus. Ebenso wird der Schadensersatzanspruch, soweit er auf Abänderung der Geschäftsbestimmungen, also wenigstens auf teilweise Aufhebung des Rechtsgeschäfts abzielt, oft dadurch erloschen sein, daß der Berechtigte das Geschäft, so wie es sich infolge der unerlaubten Handlung gestaltet hat, nicht beanstandet.

Lebenslauf.

Ich, Walter Panzeram, katholischer Religion, bin am 25. September 1889 als Sohn des Ober-Postassistenten Panzeram in Berlin geboren. Ich besuchte zunächst die Volksschule in Mehlsack i. Ostpr., kam dann auf das Königliche Gymnasium in Danzig, wo ich Ostern 1908 die Reifeprüfung ablegte, und bezog schließlich die Berliner Universität, an der ich mich bis Michaelis 1911 dem Studium der Rechtswissenschaft widmete. Während meiner Studienzeit beteiligte ich mich an der Bearbeitung der von der Juristischen Fakultät der Berliner Universität gestellten Preisaufgabe: „Die Entwicklung des interdictum quorum bonorum im spätrömischen und mittelalterlichen Rechte" und bekam für meine Arbeit eine „ehrenvolle Anerkennung". Am 2. März d. J. bestand ich dann in Berlin das Referendarexamen.